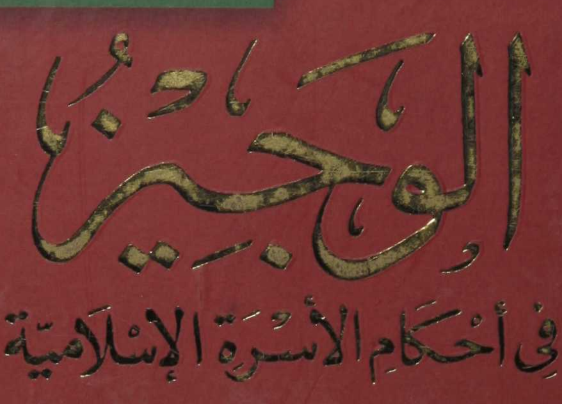
دراسة مقارنة فقهاً وقضاءً



في أحكام الأسرة الإسلامية

(الزواج - فرق الزواج - حقوق الزوجة - حقوق الأولاد والأقارب)

علاء الخضري

مؤسسة المختار للنشر والتوزيع

للدكتور عبد المجيد محمود مطلوب

الوجيز

في أحكام الأسرة الإسلامية

(الزواج - فرق الزواج - حقوق الزوجة - حقوق الأولاد والأقارب)

للدكتور عبد المجيد محمود مطلوب

مؤسسة
المختار
للنشر والتوزيع

الوجيز
في أحكام الأسرة الإسلامية
د. عبد المجيد محمود مطلوب

الطبعـــة الأولى
(طبعة مؤسسة المختار)
طبعة مزيدة ومنقحة
١٤٢٥هـ ـ ٢٠٠٤م

رقم الإيداع : ١٠٢٣٢/ ٢٠٠٤
الترقيم الدولي: I.S.B.N. 977 - 382 -16- 5

مـؤسسة المختـار
للنشـــر والتـوزيـــع

القاهرة : ٦٥ شارع النزهة ـ مصر الجديدة
تليفون : ٢٩٠١٥٨٣
Email:Mokhtar_est@hotmail.com

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله الهادى إلى الحق وإلى طريق مستقيم، شرف الإنسان بالعقل الهادى إلى أدلة التوحيد، وأهل خاصة العلماء لاستثمار الشريعة من مداركها، حتى استقرت قاعدة الدين. وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، شهادة منجية من صغير الموبقات وكبيرها، وأشهد أن محمدًا عبده ورسوله، الذى أرسله الله بشريعة الإسلام لتحقيق مصالح العباد وإسعادهم، بما امتازت به من يسر وسهولة، وبما حققت لهم ما تصبو إليه نفوسهم من خير وسعادة، صلى الله تعالى على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه الذين نهجوا نهجه وساروا على هديه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد... فها هو ذا كتاب الوجيز فى أحكام الأسرة الإسلامية دفعتنى إلى إبرازه على مسرح الوجود الحاجة الماسة إليه.

وقد حاولت جهد الطاقة السهولة فى عبارته، والدقة فى بحثه، والأمانة فى نقل المذاهب الإسلامية التى تعرضت لها.

وقد قسمته إلى ثلاثة أقسام، تكلمت فى القسم الأول عن الزواج ومتعلقاته، وفى الثانى عن فرق الزواج وآثارها، وفى الثالث عن حقوق الأولاد والأقارب.

ورغم ما بذلت فيها من جهد، فإنى لا أدعى أنها سليمة من العيوب، بريئة من الهفوات، فمن ذا الذى يسلم عمله من الزلات وينجو من الهفوات، ولو اتخذ نفقًا فى الأرض أو سلمًا فى السماء، فالعصمة لله وحده، له الحمد فى الأولى والآخرة، هو الذى أحسن كل شىء صنعًا.

هذا ولا يفوتنى أن أذكر بالخير أساتذتى الأجلاء وزملائى الفضلاء الذين كان لهم فضل السبق فى هذا الميدان، وأنوه بفضلهم وعلمهم الغزير وخلقهم العظيم، فلهم منا - الذين ننهج نهجهم ونترسم خطاهم - أخلص الشكر وعظيم التقدير لما بذلوه من جهد مشكور، وما مهدوا من سبل وذللوا من طرق، وليجزهم الله عن الإسلام والمسلمين جزاء المخلصين الصادقين.

هذا وأملى كبير فى أن يستفيد من هذه المحاضرات كل طالب ويغترف من منهلها كل قارئ، فهذا ما أهدف إليه، فإن تحقق هذا الهدف فذلك فضل الله يؤتيه من يشاء والله ذو الفضل العظيم، وإلا فقد أفرغت ما فى وسعى ولا يكلف الله نفسًا إلا وسعها.

والله أسأل أن يجعل هذا العمل خالصًا لوجهه الكريم، وأن ينفع المسلمين فى كل مكان، وأن يلهمنا السداد فى أعمالنا والصواب فى أقوالنا، وأن يجنبنا جميعًا العثار، فهو الموفق والهادى إلى سواء السبيل، وهو نعم المولى ونعم النصير.

«ربنا لا تزغ قلوبنا بعد إذ هديتنا وهب لنا من لدنك رحمة إنك أنت الوهاب».

أ. دكتور عبد المجيد محمود مطلوب

القسم الأول
الزواج ومتعلقاته

بحوث هذا القسم تقع فى أربعة أبواب:

الباب الأول:

فى التعريف بالزواج وحكمة تشريعه وحكمه التكليفى، والخطبة وأحكامها، وتحته فصلان.

الباب الثانى:

فى أركان عقد الزواج، وشروطه، وأقسامه والمحرمات من النساء، وتحته أربعة فصول.

الباب الثالث:

فى الولاية والوكالة والكفاءة، وتحته ثلاثة فصول.

الباب الرابع:

فى حقوق الزوجية، وتحته ثلاثة فصول.

الباب الأول

فى

التعريف بالزواج وحكمة تشريعه وحكمه التكليفى والخطبة وأحكامها

الفصل الأول

فى

التعريف بالزواج وحكمة تشريعه وحكمه التكليفى

التعريف بالزواج:

الزواج فى اللغة الازدواج والاقتران والارتباط، يقال: زوج الشىء بالشىء وزوجه إليه: قرنه به، وتزاوج القوم وازدوجوا: تزوج بعضهم بعضًا، وفى القرآن قال جل شأنه: ﴿وَزَوَّجْنَاهُم بِحُورٍ عِينٍ﴾(١) أى قرناهم بهن، وأيضًا وله عز شأنه: ﴿احْشُرُوا الَّذِينَ ظَلَمُوا وَأَزْوَاجَهُمْ﴾(٢) أى وقرناءهم، ولقد ذاع استعمال كلمة الزواج فى الارتباط بين الرجل والمرأة والاقتران بها طلبًا للائتناس والتناسل.

كما ذاع استعمال كلمة «النكاح» فى معنى الزواج، بل أن القرآن الكريم قد استعملها فى هذا المعنى أكثر من كلمة الزواج يقول الله تعالى: ﴿وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ﴾(٣).

والنكاح فى اللغة: يطلق على الوطء، وعلى العقد، وعلى الضم، فمن استعماله فى «الوطء» قوله عليه السلام «ولدت من نكاح لا من سفاح». أى من وطء حلال لا من وطء حرام، ومن استعماله فى «العقد» قول الأعشى:

---

(١) سورة الدخان: الآية ٥٤، وسورة الطور: الآية ٢٠.

(٢) سورة الصافات: الآية ٢٢.

(٣) سورة البقرة: الآية ٢٣٥.

ولا تقربَــنَّ جــارةً أن سرهَــــا * عليك حــرامٌ فانكحــنَ أو تأبدَا

أى فاعقد عليها، لأن الزنا عليك حرام، أو لا يكن منك قربان لها أبدا، ومن استعماله فى «الضم» قول الشاعر:

ضممتُ إلى صدرِى معطرَ صدرِهَا * كما نكَحَــتَ أمُ الغــلامِ صبيَّهَــا

يريد أنه ضمها إلى صدره ضمًا يشبه ضم أم الغلام صبيها إلى صدرها فى حنان وشدة.

وأما فى اصطلاح الفقهاء، فالزواج والنكاح مترادفان، والمقصود بكل منهما هو أنه «عقد يفيد ملك المتعة قصدًا»(١) أو «هو العقد الذى يعطى لكل واحد من الرجل والمرأة حق الاستمتاع بالآخر مدى الحياة على الوجه المشروع».

ومتى تم عقد الزواج بتحقيق أركانه وشروطه حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر بعد ما كان حرامًا عليها قبل الزواج، ولكن استمتاع الزوجة مقصور على زوجها وحده دون سواه لأنه لا يحل لها تعدد الأزواج حتى لا تختلط الأنساب، وأما استمتاع الزوج فليس مقصورًا عليها وحدها، لأنه يحل له أن يعدد زوجاته مثنى وثلاث ورباع.

حكمة تشريع الزواج:

شرع الله العليم الحكيم الزواج لحكم كثيرة وأغراض نبيلة أهمها ما يأتى:

١- عمران الكون وازدهاره: لا يعمر الكون ولا يزدهر إلا بالزواج لهذا شرع الله الزواج كوسيلة للتناسل وحث ودعا إليه. يقول الله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا الأَيَامَىٰ مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ﴾(٢) ويقول: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلاثَ وَرُبَاعَ﴾(٣) ويقول ﷺ: «يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء»(٤)، كما نهى عليه السلام عن زواج العقيم(٥) فقال: «تزوجوا الودود الولود فإنى مكاثر بكم الأمم يوم القيامة».

---

(١) تنوير الأبصار على حاشية ابن عابدين جـ ٢ ص ٢٦٥، وما بعدها.

(٢) سورة النور: الآية ٣٢.

(٣) سورة النساء: الآية ٣.

(٤) أى وقاية والحديث رواه البخارى فى كتاب الصوم، ومسلم فى كتاب النكاح.

(٥) الزواج وسيلة للتناسل الذى لا يضر بالمصلحة، وأما إذا كان التناسل يضر بالمصلحة فحينئذ ينبغى =

٢- راحة الرجل والمرأة: ففى الزواج يجد كل من الزوجين الأنس بصاحبه، والاستراحة إليه، والاستعانة به فى هذه الحياة التى لا تخلو من متاعب وآلام، يخفف منها أن يجد المرء من يشاركه فيها ويعينه عليها، كما يحس كل منهما أن له مودة صاحبه كاملة ورحمته موفورة، فالزوج عندما يعود من مشاق عمله ومتاعب الحياة الدنيا يجد فى بيت الزوجية أنسًا وبهجة وراحة لضميره، والزوجة بعد اطمئنانها إلى الزوج الذى يكدح للحصول على رزقها ومتاع أولادها تأخذ نفسها جادة فى إدارة شئون المنزل، وما يتطلبه الأولاد من عناية ورعاية مما يوافق طبعها وغرائزها وراحة لضميرها يقول الله تعالى: ﴿ **وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً**﴾(١).

٣- الأسرة هى اللبنة الأولى فى بناء المجتمع إذا صلحت صلح المجتمع وإذا فسدت فسد المجتمع، ولما كان الزواج أساس بنائها نرى الشارع الحكيم يشرع الزواج ويحث عليه لتنشأ الأسرة قوية محاطة بما يقيها ويحفظها، فبالزواج ينشأ الأولاد كل منهم فى أحضان أبيه وينمو فى ظل أسرته ويظل كذلك حتى يبلغ أشده ويجد من يلجأ إليه عند الحاجة والشدة، فخور بانتسابه لأسرته التى أنجبته، ليس مشردًا لا يعرف له أبًا ولا أهلاً وليس عالة على المجتمع الذى يضيق كل منهما بالآخر.

٤- حفظ الأنساب من الاختلاط: الإسلام دعا أن ينسب كل إنسان لأبيه، قال تعالى: ﴿**ادْعُوهُمْ لآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ اللَّهِ**﴾(٢) ونسبة الإنسان إلى أبيه لا تكون إلا بالزواج وإلا ساءت أحوالهم وشاعت الفاحشة فى محيطهم واختلطت أنسابهم وعمت الفوضى بين ظهرانيهم وعندئذ يتحطم المجتمع وينهار بنيانه مما يحول دون عمار الكون وازدهاره.

فالزواج نظام إلهى شرعه الله لخير المجتمع الإنسانى وسعادة أفراده فى إقامة دعائم الأسرة على أكمل وأبدع نظام.

وإذا ادعى البعض أن الزواج قد يكون مصدرًا للخصومات والشقاق وتبادل الكيد

= تنظيمه وتحديده لرفع الضرر وذلك ضعف صحة المرأة وانهيار قوتها أو إذا تعارضت كثرته مع الحالة الاقتصادية واقتضى الصالح العام التنظيم والتحديد.

(١) سورة الروم: الآية ٢١.

(٢) سورة الأحزاب: الآية ٥.

والأضرار، فليس هذا أن الزواج نظام غير صالح وإنما منشؤه إساءة الأزواج استعمال هذا النظام وعدم سيرهم على سنن الدين فكانت الزوجية مصدر شقائهم.

ولو أن الحياة الزوجية قامت على أساس ما شرعه الله من حسن الاختيار والمعاشرة وقيام كل من الزوجين بواجبه ما كانت مصدر نزاع أو شقاق.

ما ينبغى فى الزوجين من صفات:

١- صفات الزوجة:

الزوجة أهم أركان الأسرة وهى المنجبة للأولاد، وعنها يرثون كثيراً من المزايا والصفات والتقاليد والعادات، لذلك حثت الشريعة الإسلامية على أن يكون اختيار الزوجة قائمًا على أساس الدين والخلق يقول الرسول ﷺ: «ألا أخبركم بخير ما يكنز المرء؟ المرأة الصالحة، إذا نظر إليها سرته وإذا غاب عنها حفظته، وإذا أمرها أطاعته»، ويقول: «تنكح المرأة لأربع لمالها ولحسبها ولجمالها ولدينها فاظفر بذات الدين تربت يداك» بين الرسول فى هذا الحديث أن الرجل قد يدعوه إلى الزواج بالمرأة مالها أو حسبها أو جمالها وأخيرًا دينها، ثم أمر بجعل الاعتبار الأول للدين فإن المال أو الحسب أو الجمال قد يكون سببًا فى عدم تحقق السعادة الزوجية يقول الرسول: «لا تزوجوا النساء لحسنهن فعسى حسنهن أن يرديهن، ولا تزوجوهن لأموالهن فعسى أموالهن أن تطغيهن، ولكن تزوجوهن على الدين . . فإذا انضم إلى الدين مال أو جمال أو حسب فبها ونعمت، وكان للمرأة من دينها وخلقها ما يمنع المفاسد التى تجر إليها هذه الأمور، ويستحب التزوج بالغرائب لأنه أنجب للولد وأقوى للبدن»[(١)].

٢- صفات الزوج:

طالب الإسلام أولياء الزوجة أن يحسنوا اختيار الأزواج لبناتهم ممن له دين وخلق لأن الاحتياط فى حق المرأة أهم لأنه لا مخلص لها من هذا الزواج، وأما الزوج فقادر على الطلاق، وإذا زوج الولى موليته ظالمًا أو فاسقًا أو شارب خمر فقد جنى على دينه وموليته

(١) ويستحسن بعض الفقهاء كونها دونه سناً لئلا يسرع إليها العقم وعدم الولادة، وحسبا ومالا حتى تنقاد له ولا ترفع عليه، وفوقه خلقاً وأدباً وورعاً وجمالاً «رد المحتار على الدر المختار»، جـ ٢، ص ٢٦٩.

وكان آثمًا لسوء اختياره، قال رجل للحسن بن على رضى الله عنهما: «إن لى بنية وأنها تخطب فممن أزوجها؟» فقال: «زوجها ممن يتقى الله، فإن أحبها أكرمها وإن أبغضها لم يظلمها».

والمهم أن يكون ذا خلق ودين ولو كان فقيرًا حيث ورد فى الحديث: «إذا أتاكم من ترضون خلقه ودينه فزوجوه ألا تفعلوا تكن فتنة فى الأرض وفساد كبير»[1].

الحكم التكليفى للزواج[2] (الصفة الشرعية للزواج):

الحكم التكليفى للزواج وهو ما يطلق عليه بعض الفقهاء "الوصف الشرعى للزواج" يختلف باختلاف حال المكلف من حيث قدرته على القيام بواجباته ومن حيث خشيته الوقوع فى الفاحشة، وأحوال المكلف بالنسبة لذلك خمس:

١ -- فيكون فرضًا إذا كان المكلف يتأكد الوقوع فى الزنا إذا لم يتزوج وهو قادر على كل نفقات الزواج وآمن على نفسه من أن يظلم زوجته إذا تزوج، وإنما كان الزواج فرضًا فى هذه الحالة لأن الزنا حرام ولا يتوصل إلى اجتنابه إلا بالزواج ومن القواعد الشرعية أن مالا يتوصل إلى ترك الحرام إلا به يكون فرضًا.

٢- ويكون واجبًا إذا كان قادرًا عليه، وآمنًا على نفسه من ظلم الزوجة ولكنه يغلب على ظنه الوقوع فى الزنا إن لم يتزوج.

والإلزام فى هذه الحالة أقل مرتبة من الإلزام فى الحالة السابقة عند فقهاء الحنفية[3] لأن الفرض أدلته قطعية وأسبابه قطعية أما الواجب فإن أدلته ظنية وأسبابه لا تنتج إلا ظنًا.

---

(١) ومن ذلك المقابلة اللطيفة فى قوله تعالى: ﴿وَالطَّيِّبَاتُ لِلطَّيِّبِينَ وَالطَّيِّبُونَ لِلطَّيِّبَاتِ﴾ [النور: ٢٦]، فإن فيها إشعاراً بيناً بأن من الحق على كل من الجانبين اختيار ما يناسبه، ولو كان الاختيار من جانب الزوج وحده لاكتفى بالجملة الأولى فقط.

(٢) المقصود بالحكم التكليفى للزواج هو كون الزواج مباحاً أو مندوباً أو واجباً أو فرضاً أو مكروهاً أو حراماً.

(٣) جمهور الفقهاء لا يفرقون بين الفرض والواجب إلا فى الحج وعلى ذلك فتكون أحوال المكلف عندهم أربع لا خمس إذ الفرض والواجب مترادفان.

من تحل بينهما الخطبة:

والخطبة تحل من يحل بينهما الزواج فلا تجوز بين من يحرم بينهما الزواج بسبب النسب أو المصاهرة أو الرضاع، كما لا تجوز خطبة الرجل لزوجة الغير لا تصريحًا ولا التعريض لها بذلك حتى لا يغريها بإفساد حياتها الزوجية وإساءة عشرة زوجها كما لا يجوز خطبة معتدة الغير لا تصريحًا ولا تعريضًا بالنسبة للمطلقة رجعيًا وبائنًا على الرأى المختار، أما المعتدة من وفاة فيجوز تعريضًا لا تصريحًا باتفاق الفقهاء كما لا يجوز أن ترد الخطبة على خطبة سابقة قائمة لم تفسخ، ولا ينبغى للمرأة أن تعمد إلى رجل متزوج فتدعوه إلى الزواج بها للمضارة بزوجته فإن محاولة التزوج بالمتزوج وإغراءه على ذلك من شأنه فى أكثر الأحيان الضرر.

صيغة الخطبة:

ليس للخطبة فى التشريع الإسلامى إجراء معين ولا مكان خاص ولا صيغة خاصة بل تصح بكل ما يدل على المقصود منها ويظهر الرغبة فى التزوج بشرط التبادل بين الطرفين الدال على إرادتهما وصدق رغبتهما فى إتمام عقد الزواج مستقبلاً، وما قراءة الفاتحة إلا للتبرك بقراءتها ولتأكيد تلك الرغبة المتبادلة.

أنواع الخطبة:

الخطبة نوعان:

خطبة بلفظ صريح، وخطبة بطريق التعريض:

١- الخطبة بلفظ صريح وذلك بأن يذكر الخاطب كلامًا لا يحتمل سوى معنى الخطبة كقوله للمرأة أرغب فى زواجك، أريد أن تكونى زوجة لى.

٢- وأما التعريض فهو ذكر الخطبة بلفظ يحتمل معنى الخطبة ويحتمل غيره كقوله: إنك على كريمة، أو وددت لو يسر الله لى زوجة صالحة، والقرائن هى التى تدل على ما يريد من خطبتها، ومن الخطبة بطريق التعريض ما روى عن سكينة بنت حنظلة قالت: «استأذن على محمد بن على زين العابدين ولم تنقض عدتى من وفاة زوجى فقال: قد عرفت قرابتى من رسول الله وقرابتى من على وموضعى من العرب، فقلت: غفر الله لك يا أبا

جعفر، وإنك رجل يؤخذ عنك وتخطبنى فى عدتى قال: إنما أخبرتك بقرابتى من رسول الله ومن على»[١] وعلى ذلك فالمحرمة على الرجل تأبيدًا وتأقيتًا وزوجة الغير، ومطلقة الغير طلاقًا رجعيًا كل واحدة من هؤلاء[٢] تحرم خطبتها تصريحًا وتعريضًا باتفاق الفقهاء.

والمتوفى عنها زوجها يجوز خطبتها تعريضًا لا تصريحًا باتفاق الفقهاء لقوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنتُمْ فِي أَنفُسِكُمْ﴾[٣] بعد قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾[٤].

وأما المطلقة طلاقًا بائنًا فلا تجوز خطبتها تصريحًا باتفاق الفقهاء وإنما اختلفوا فى إمكان التعريض بخطبتها، فذهب الحنفية إلى أن المعتدة من طلاق بائن سواء كانت البينونة صغرى أم كبرى لا يجوز التعريض بخطبتها ما دامت العدة باقية لئلا تستعجل وتدعى كذبًا بانقضاء عدتها لأن الغالب الرجوع إلى المرأة نفسها فى شأن العدة لأن عدتها بالقروء، بخلاف المعتدة بالوفاة فإن عدتها غالبًا بالأشهر ولا مجال للكذب فيها، ولأن بعض آثار الزوجية فى الطلاق البائن مازالت باقية.

أما جمهور الفقهاء فيرون إلحاق المعتدة من طلاق بائن بينونة كبرى بالمعتدة من وفاة، فأجازوا خطبتها تعريضًا لأنها أصبحت محرمة على مطلقها حرمة مؤقتة ولم يعد فيها مطمع قبل أن تتزوج بغيره، أما المطلقة بائنًا بينونة صغرى فذهب المالكية والشافعية فى قول لهم إلى إجازة خطبتها تعريضًا أيضًا لأن الطلاق البائن قد قطع الزوجية ولأن الخطبة بطريق التعريض غير واضحة، فلا تعتمد عليها المرأة ولا تؤدى إلى الإقرار كذبًا بانقضاء عدتها، وهناك قول ثان للشافعية يواف الحنفية فى المنع من التعريض أيضًا[٥].

وما نرجحه هو ما ذهب إليه الأحناف لأن الأصل هو التحريم ولم يبح النص القرآنى إلا التعريض بخطبة معتدة الوفاة. ولأن خطبة المطلقة بائنًا بنوعيه ولو تعريضًا مدعاة إلى مفسدة الإقرار بانتهاء العدة كذبًا لأن القرائن تعلن الخطبة تعريضًا.

---

(١) نيل الأوطار جـ ٦ ص ٩٣.

(٢) المطلقة رجعياً فى حكم زوجة الغير، وفى خطبتها إيذاء له واعتداء عليه والله لا يحب المعتدين.

(٣) الآية ٢٣٥ من سورة البقرة.

(٤) الآية ٢٣٤ من سورة البقرة.

(٥) نهاية المحتاج للرملى جـ ٥ ص ١٦٥.

تحريم الخطبة على الخطبة:

نهى ﷺ أن يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى يترك الخاطب قبله أو يأذن له، لأن الخطبة على الخطبة قد تؤدى إلى العداوة والبغضاء بين الخاطبين والإسلام يأبى ذلك. والخطبة الأولى لا تخرج عن أحوال ثلاثة:

١- أن تجد قبولاً وهنا تكون الخطة الثانية محرمة اتفاقًا لأنها اعتداء صريح على حق الخاطب الأول الذى ثبت حقه بالفعل.

٢- أن ترفض خطبة الأول وحينئذ تعتبر كأن لم تكن فيجوز للخاطب الثانى التقدم لأن الخاطب الأول لم يثبت له شيء.

٣- أما إذا كان هناك تردد بين القبول أو الرفض كما إذا تقدم للخطبة خاطب ولكن الطرف الثانى لم يظهر موقفه منها لا بالقبول ولا بالرفض، فقد اختلف الفقهاء بشأن هذه الحالة، فذهب فريق منهم إلى تحريم خطبة الثانى لأن خطبة الأول لا تزال محل بحث ونظر وقد تقبل خطبة الأول لو لم يتقدم الثانى.

وذهب فريق آخر من الفقهاء إلى إباحة خطبة الثانى فى هذه الحالة لأن السكوت فى معنى الرفض الضمنى ولأن خطبة الأول مع التردد لم تتم، والذى نرجحه أنه لا ينبغى التسرع فى إباحة الخطبة الثانية فى حالة التردد ولا يقال إن السكوت فى معنى الرفض الضمنى بل الغالب أن السكوت إنما هو من أجل التحرى والبحث للتأكد من صلاحية الطرف الآخر[1].

أثر الخطبة المحرمة فى العقد:

إذا خطب خاطب امرأة لا يجوز له خطبتها شرعًا كان آثمًا ديانة، ولكن لا أثر لهذه الخطبة المحرمة قضاء، فإذا خطب شخص معتدة غيره فى أثناء عدتها ثم بعد انقضائها عقد زواجه عليها أو خطب مخطوبة غيره ثم تزوجها صح العقد فى الحالتين ما دام مستوفيًا أركانه وشرائطه الشرعية وتترتب عليه آثاره وأحكامه ولكن يعتبر آثمًا لأن الخطبة المحرمة كانت أمرًا سابقًا على الزواج وبعيدًا عن مقوماته وهذا هو رأى جمهور الفقهاء.

(١) الأحوال الشخصية للمرحوم (أبو زهرة) ص ٢٣ وما بعدها.

وذهب الظاهرية إلى أن العقد باطل ويجب فسخه سواء كان قبل الدخول أم بعده[١].

وللمالكية ثلاثة آراء:

الأول - العقد صحيح كرأى جمهور الفقهاء.

الثانى - العقد باطل كرأى الظاهرية.

الثالث - وهو المشهور فى المذهب أنه يجب الفسخ قبل الدخول لا بعده لأنه بالدخول تأكد العقد فلا يفسخ ويبقى الإثم على المعتدى[٢].

والذى نرجحه ما قال به جمهور الفقهاء ذلك لأن النهى موجه أساسًا إلى الخطبة وهى فى ذاتها غير ملزمة.

آثار الخطبة:

ليس للخطبة أثر ملزم من الناحية المالية فلا يجوز أن نلزم الخاطب أن يدفع لمخطوبته مالاً أو غيره لا على سبيل المهر ولا على سبيل الشبكة ولا على سبيل الهدايا، إذ الخطبة ليست إلا مجرد وعد بإبرام عقد الزواج مستقبلاً وليس لأحدهما على الآخر أى سلطان فى هذه الفترة، وما اعتاده الناس نتيجة لعرف صحيح من تقديم ما يسمى بالدبلة والشبكة فإنه أمر لا يمنعه الشرع ما دام لا يتنافى مع قواعده وأحكامه إلا أنه غير ملزم، ولما كانت الخطبة تمهيدًا لعقد الزواج ينبغى أن يكون من حق كل من الخاطبين أن يتعرف على الآخر فى الحدود المشروعة.

تعرف كل منهما على الآخر:

لما كان الغرض من الزواج هو السكن النفسى وتكوين أسرة صالحة كان لا بد لكل من الزوجين معرفة كل منهما الآخر.

ولقد أجمع علماء الشريعة على أنه يجوز للطرفين أن ينظرا بعضهما بعضًا فى الحدود التى تتفق مع الآداب ولا تتعارض مع روح الشريعة.

---

(١) المحلى لابن حزم الظاهرى جـ ١٠ ص ٣٣.

(٢) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣.

ولقد أجاز الفقهاء للخاطب أن ينظر إلى مخطوبته ويتأمل ما هو ظاهر من الوجه والكفين، ومنهم من أباحه فى أكثر من هذا مما يظهر عادة. فذهب المالكية والشافعية إلى أنه يندب للخاطب أن ينظر إلى وجه مخطوبته وكفيها، وزاد بعض الحنفية القدمين وأجاز الحنابلة فوق ذلك النظر إلى الرقبة وفى رواية عن الشيعة الجعفرية ينظر أيضًا إلى الشعر وإلى المحاسن، وأما داود الظاهرى فقد أباح النظر إلى جميع المرأة، وما نرجحه الوجه والكفين، لأن الوجه جماع محاسن الإنسان الخلقية وملامحه تنم عن الحالة النفسية وأن الكفين فيهما دلالة على حال الجسم من النحافة والامتلاء[(١)] والأحاديث الواردة فى ذلك لم تقيده بالوجه والكفين لقول الرسول ﷺ «إذا خطب أحدكم المرأة فإن استطاع أن ينظر منها ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل»، وأباح الإسلام تعدد النظر إلى المخطوبة، بل ويستمع إلى حديثها بحضور محرم من محارمها كأبيها وأخيها وعمها ليتمكن من معرفة ما يريد معرفته من الأمور التى لا تعرف إلا بالرؤية، وبذلك تنطبع فى نفسه صورتها الحسية والمعنوية، ومن يتعذر عليه النظر بنفسه ففى وسعه أن يتعرف ما يريد عن طريق الوصف ممن يثق به.

ولا يشترط إذن المرأة للنظر إليها فى المشهور عند الفقهاء.

وليست الرؤية مقصورة على الرجل بل للمرأة أن تنظر إلى خاطبها فإنه يعجبها منه ما يعجبه منها بل هى أولى بذلك لأنه لو تزوجها بدون أن تراه ولم يمل قلبها إليه لا يمكنها الخلاص منه إذ ليس بيدها الطلاق ولكن الزوج قادر على الطلاق فى كل حال. وإذا كانت الآثار المروية لم تتعرض لهذا، فذلك لأن حياة الرجل مبنية على الظهور بحيث تسهل معرفة أحواله بعكس المرأة التى من شأنها الخفاء والتستر فى منزلها وفى ملبسها.

حكم الخلوة بالمخطوبة:

وأما الخلوة بالمخطوبة فهى غير مشروعة لأنها لا تزال أجنبية عنه، وإذا أراد التحدث إليها والوقوف على سلوكها ومقدار ثقافتها وغير ذلك مما يرى تحققه فيمن ستكون زوجة له، فإنه لا مانع من التحدث إليها والوقوف على ما يريد معرفته من أمورها عند وجود محرم من محارمها، يقول ﷺ: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يخلون بامرأة ليس معها ذو رحم محرم منها فإن ثالثهما الشيطان»[(٢)].

(١) المغنى لابن قدامة جـ ٧ ص ٤٥٣، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣، المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ٣٨.
(٢) نيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٤٠.

أما خروجهما معًا منفردين أو انفرادهما فى مكان دون محرم فإنه أمر تمنعه الشريعة ولا تبيحه مصلحة الأسرة، لما ركب فى طبائعهما من غرائز بشرية جنسية قد يضعفان عن مقاومتها فيستجيبان إلى دوافع الغريزة على أمل ما يعزمان عليه من زواج قد لا يتم فيقعان فى الحرج وسوء سمعتهما بل الضرر بها أقوى وأشد.

ولا يقال أن العرف جرى على الخلوة بالمخطوبة لتسهيل التعارف التام بينهما فيعرف كل واحد منهما صاحبه على حقيقته ويقدم على بينة من أمره، فهذا العرف عرف فاسد لمخالفته النصوص ولأن الخاطب مهما يدم اختلاطه بمخطوبته لا يستطيع التعرف على طباعها ولا تستطيع أن تعرف حقيقة طباعه لأن كليهما يتكلف لصاحبه ما ليس فى طبعه ويكسو نفسه من المظاهر ما ليس من عاداته.

وبعد فهذا مسلك الإسلام العادل الذى رسمه للراغبين فى الزواج فأباح لكل منهما أن يرى صاحبه ويتعرف عليه فى غير خلوة فلم يمنع ذلك مطلقًا كما يعمل بعض الناس متعللين بأنه يجرح كرامتهم ويلحق بهم الإساءة لأن ذلك مدعاة لفشل الحياة الزوجية فى بعض الأحوال، ولم يترك الحبل على الغارب حتى لا يترتب على الخلوة فتح أبواب من الشرور والفضائح وبخاصة إذا فسخت الخطبة ولم يتم الزواج، وحوادث التغرير والتضليل التى تقع كل يوم وتنشرها الصحف شاهد صدق على ما نقول.

طبيعة الخطبة:

الخطبة فى الشريعة الإسلامية وعد أو تواعد بإنشاء عقد الزواج فهى ليس من قبيل التعاقد فلا تعتبر عقدًا حتى لو اقترنت بقراءة الفاتحة وتقديم بعض الهدايا ودفع المهر فهى مجرد فكرة تمهيدية تعطى كلا من طرفيه الحق فى دراسة فكرة الزواج ومدى جديتها ومدى صلاحيتها بالنسبة له.

ولذلك فإن الفقهاء يجيزون لكل من الطرفين حق العدول عن الخطبة لأنها غير ملزمة على الإطلاق وإن كان الوفاء بالوعد مطلوبًا ومستحبًا، فأخلاقيًا لا ينبغى للإنسان أن ينقض وعده ويرجع فى عزمه إلا إذا كانت ثمة ضرورة ملجئة تبرر نقض وعده، فإذا لم يقتنع الخاطب بخطبته كان له العدول عن الخطبة بلا أدنى حرج أو تردد، وللمخطوبة أو وليها نفس الحق تمامًا وهذا ما دعا بعض الفقهاء إلى التصريح بعدم الكراهة فى العدول، يقول

ابن قدامة: «ولا يكره للولى الرجوع إذا رأى لها مصلحة فى ذلك ولا يكره لها أيضًا الرجوع إذا كرهت الخاطب لأنه عقد عمرى يدوم الضرر فيه، فكان لها الاحتياط لنفسها والنظر فى حظها . . وإن رجعا عن ذلك لغير غرض كره لما فيه من إخلاف الوعد ولم يحرم لأن الحق بعد لم يلزمهما»[١] وهذا الحكم مجمع عليه بين الفقهاء حتى المالكية، ولكن رأى بعض المالكية فى أحد أقوالهم إن للوعد بالتعاقد أثرًا ملزمًا فى بعض الأحوال فإن هذا القول يتعلق بالالتزامات فى الأموال دون الخطبة إذ لم يرد لهم إشارة إليها[٢]. فقد صرحوا بما يؤكد أن الإلزام بالزواج لا يكون إلا بالعقد يقول الدسوقى «اعلم أن رد المرأة أو وليها بعد الركون للخاطب لا يحرم ما لم يكن لأجل خطبة الثانى»[٣].

وما نص عليه فقهاء الشريعة أمر له وزنه واعتباره لكى يقوم عقد الزواج على أساس متكامل من الرضا فإن فى ذلك مصلحة الجميع خاصة والمجتمع عامة لأنه عقد الحياة الذى يستمر بين طرفيه إلى نهاية العمر وفى الإلزام به نتيجة الخطبة حمل لهما على إنشاء حياة زوجية بالإكراه وفى هذا ضرر أكبر يفوق ضرر العدول عن الخطبة.

أثر العدول عن الخطبة:

ليس لمجرد العدول عن الخطبة أثر على الإطلاق لأن الذى يعدل عن الخطبة إنما يستعمل حقه المشروع وبالتالى فلا مجال للقول بالحكم بالتعويض لمجرد العدول من أحدهما، وإن كان العدول عن الخطبة دون مبرر منافيًا للخلق الفاضل.

ولكن قد يكون الخاطب قدم المهر أو الهدايا أو (الشبكة) وقد يكون قد تسبب فى ضرر مادى أو أدبى بعدوله عن الخطبة ولكل واحد من هذه الأمور حكم يختلف عن الآخر.

١ - المهر:

وإذا فسخت الخطبة من الطرفين أو من أحدهما فإن ما قدمه الخاطب من المهر له الحق فى استرداده فإن كان قائمًا يجب رده بعينه وإن كان هالكًا أو مستهلكًا يجب رد مثله إن

(١) المغنى جـ ٦ ص ٦٠٤ وما بعدها.
(٢) رسالة الحطاب فى فتح العلى المالك جـ ١ ص ٢٥٤ وما بعدها.
(٣) حاشية الدسوقى جـ ٢ ص ٣١٧.

كان مثليًا وقيمته وإن كان قيميًا وهذا باتفاق الفقهاء لأن المهر من حقوق العقد وآثاره المتصلة به ولم يحدث العقد فيجب رد ما قد يكون دفع من المهر.

٢- الهدايا:

أما الهدايا فقد اختلفوا فى حكمها فقال الحنفية وبقولهم هذا يجرى العمل فى المحاكم المصرية - إن هذه الهدايا تعتبر من قبيل الهبة فيكون لها حكمها وهذا الحكم هو وجوب رد الهبة ما لم تهلك أو تستهلك وعلى ذلك فإن الهدايا التى قدمها الخاطب لمخطوبته يجب ردها إذا كانت باقية أما إذا هلكت أو استهلكت فلا حق للخاطب فيها وبمثل ذلك يكون الحكم إذا كانت هى التى قدمت هدايا للخاطب.

أما فقهاء المذهب الشافعى فيرون رد الهدايا إن كانت قائمة ورد قيمتها أو مثلها فى حالة الهلاك أو الاستهلاك.

أما المالكية فإنهم يفرقون بين ما إذا كان العدول من جانب المخطوبة أو من جانب الخاطب فإن كان العدول من جانب المخطوبة فإنه يتعين عليها رد كل ما قدمه لها من هدايا فإن كانت موجودة، فبذاتها وإن كانت هالكة أو مستهلكة فبمثلها أو قيمتها.

وبمثل ذلك يكون الحكم إذا كانت هى التى قدمت هدايا للخاطب[1] وأرى أن الأخذ برأى فقهاء المالكية أولى بالاتباع لأنه يحقق العدالة بين الناس ويحفظ عليهم مصالحهم أما إذا كان انقضاء الخطبة بسبب غير الفسخ كوفاة أحد الخطيبين فنرى أن لا ترد الهدايا من الطرفين لأن أحدهما لم يتعمد ترك الآخر وقد أبرمت الهدية بقبضها قبل الموت، والموت مانع من موانع الرجوع فى الهبة.

٣- أما الشبكة:

فإن الحكم فيها يختلف باختلاف العرف فإن كان العرف يعتبرها من المهر أخذت حكم المهر وإن كان العرف لا يعتبرها من المهر أخذت حكم الهدايا والعرف السائد الآن فى مصر بالنسبة لما يسمى (بالشبكة) أنها جزء من المهر فتأخذ حكم المهر السابق بيانه.

---

(١) وهناك قول ثان للمالكية أن الخاطب لا يرجع على المخطوبة بشىء مما أهداه لها ولو كان الرجوع من جهتها، الشرح الكبير للدردير جـ ٢ ص ٢١٩، مواهب الجليل - شرح مختصر خليل جـ ٣ ص ٤٠٥.

اختلافهما فى أن ما قدم هدية أو مهراً:

إذا قدم الخاطب لمخطوبته مفروشات أو أقمشة أو آلات أو نحوها ولم يبين وقت تقديمها أهى من المهر أم هدية[١] وحدث التنازع بينهما بأن ادعى أن ما قدمه من المهر وادعت أنه هدية فهنا يعتبر كل منهما مدعيًا ومنكرًا ويحكم لمن أثبت دعواه، وإن أقام كل منهما بينة على دعواه رجحت بينتها وحكم لها لأنها تثبت خلاف الظاهر والبينات شرعت لذلك. وإن عجزا عن الإثبات فالقول لمن يشهد له العرف مع يمينه فإن لم يكن عرف يشهد فالقول للخاطب بيمينه لأنه أدرى بما أعطى ولماذا كان الإعطاء.

٤- الضرر المترتب على العدول عن الخطبة وأثره:

قد يترتب على العدول عن الخطبة ضرر يلحق أحد الطرفين ماديًا أو أدبيًا فمن أمثلة الضرر المادى ما إذا كلف الخاطب نفسه بإعداد مسكن للزوجية المرتقبة ثم عدلت المخطوبة عن الخطبة بغير مبرر، أو تكون المخطوبة قد أعدت جهازها أو استقالت من وظيفتها استعداداً للزواج ثم عدل الخاطب عن الخطبة بدون مسوغ، ومن أمثلة الضرر الأدبى جرح الشعور والإحساس وتعريض الطرف الآخر للأقاويل والافتراء عليه وما أشبه ذلك، فهل يحكم بالتعويض على من عدل عن خطبته بدون مسوغ.

يتنازع هذا قاعدتان مقررتان فى الشريعة الإسلامية:

أولهما: «أن من استعمل حقه الشرعى لا يكون ضامنًا ولا مطالبًا بتعويض الضرر الناشئ عن هذا الاستعمال» وكما بينا من قبل أن الخطبة وعد بالزواج والوعد غير ملزم قضاء باتفاق الفقهاء، وعلى هذا يكون لكل من الطرفين حق العدول عن الخطبة فى أى وقت ما دام عقد الزواج لم يتم بينهما، ومتى كان العدول حقًا لكل منهما فلا ضمان عليهما فى استعماله، وطبقًا للقاعدة الشرعية المتقدمة فلا يجوز الحكم بالتعويض عن الضرر الناشئ عن العدول عن الخطبة سواء كان ضرراً ماديًا أو أدبيًا، وسواء كان لأحد الطرفين دخل فى الضرر الذى لحق الطرف الآخر أو لم يكن له دخل فى ذلك، وذلك لأنه كان واجبًا على الطرف المضرور التريث فى الأمر حتى يتم عقد الزواج ولكنه تسرع فيتحمل

---

(١) لا يمكن تصور الخلاف فيما يقدم من طعام أو شراب إذ الظاهر أنه هدية والعرف يؤيد ذلك.

نتيجة تسرعه لأن فى الحكم بالتعويض شبه إكراه على الزواج وهذا لا يتفق وما يجب أن يكون عليه عقد الزواج من رضا الطرفين وحريتهما الكاملة فى إنشائه.

وثانيتهما: «لا ضرر ولا ضرار» وكذلك تحريم التغرير فى الشريعة وأنه يوجب الضمان، فإذا كان لأحد الطرفين دخل فى الضرر الذى لحق الطرف الآخر بسبب عدوله عن الخطبة كما إذا حمل المخطوبة على ترك وظيفتها فتركتها بناء على رغبته أو طلب المخطوبة منزلاً خاصًا للسكنى فأعده ثم حصل العدول ففى هذه الحالة يجوز الحكم بالتعويض عن الضرر الذى يصيب الطرف الآخر بسبب العدول عن الخطبة، أما إذا لم يكن لأحد الطرفين دخل فى الضرر الذى يصيب الطرف الآخر بسبب العدول فلا يكون هنا وجه للحكم بالتعويض على من عدل عن الخطبة إذ لم يوجد منه ما يصح أن يجعل سببًا للضمان من التسبب فى حصول الضرر أو التغرير.

هذا ما يتعلق بالموضوع من الناحية الشرعية.

أما من الناحية القضائية فإن من يتتبع أحكام المحاكم الوطنية ويجدها لم تستقر على رأى واحد إلا بعد تأرجح واضطراب[١] فهناك من الأحكام ما يقضى بأن العدول عن الخطبة لأى سبب كان لا يوجب التعويض عن الضرر الناشئ عن هذا العدول سواء أكان الضرر أدبيًا أم ماديًا[٢]. وهناك من الأحكام ما يقضى بالتعويض عن الضرر الناشئ عن العدول عن الخطبة وبخاصة إذا سبق هذا العدول إغراء أو سببت الخطبة مصروفات أو أخذت صورة واضحة من العلانية[٣] ثم استقر القضاء أخيرًا على ما يأتى:

١- الخطبة ليست بعقد ملزم.

٢- مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سببًا للتعويض.

(١) الوسيط للدكتور السنهورى جـ ١ ص ٨٢٧.

(٢) حكم محكمة استئناف مصر الوطنية فى ١٥/ ١/ ١٩٢٤ - مجلة المحاماة س ٥ ص ٣٢٤، حكم محكمة الزقازيق الاستئنافية فى ٣/ ١١/ ١٩٢٤ - المجموعة الرسمية س ٢٦ ص ١٣٢.

(٣) حكم محكمة الإسكندرية الأهلية فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩، المجموعة الرسمية س ٣٢ ص ٨٣، حكم محكمة سوهاج الكلية فى ٣٠/ ٥/ ١٩٤٨ - مجلة المحاماة س ٢٨ ص ١٠٥٦.

٣- إذا اقترن بالعدول عن الخطبة أفعال أخرى ألحقت ضرراً بأحد الخطيبين جاز الحكم بالتعويض على أساس المسئولية التقصيرية، وقد قررت محكمة النقض هذه المبادئ[١]. والحق أن هذه المبادئ عادلة تتفق والشريعة الإسلامية التى قررت أنه لا ضرر ولا ضرار، وأن الضرر يزال شرعًا.

* * *

(١) حكم محكمة النقض الصادر فى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٩ (المجموعة الرسمية س ٤١، ع: ١٥ رقم ١٠١).

الباب الثانى
فى
أركان عقد الزواج، وشروطه، وأقسامه، والمحرمات من النساء

الفصل الأول
فى أركان عقد الزواج

الركن عند الحنفية ما كان جزءًا من الشىء ولا يصح الشىء إلا به وعلى هذا فركن عقد الزواج عندهم الإيجاب والقبول الذى تتكون منهما الصيغة، والركن عند غير الحنفية ما لا بد منه لتصور الشىء ووجوده سواء أكان جزءًا منه أم خارجًا عنه مختصًا به، وعلى هذا فأركان عقد الزواج عندهم: المتعاقدان والصيغة ومحل العقد (المرأة المعقود عليها) وكانت كذلك لظهور أثر العقد فيها بصورة أوضح وأقوى حيث يملك الرجل وحده معاشرتها كزوجة، أما هى فلا تملك ذلك، وأضاف بعض الفقهاء المهر والولى[1]، ولعل فقهاء الحنفية اكتفوا بالصيغة لأن وجود الصيغة يستلزم وجود بقية الأركان بداهة.

صيغة عقد الزواج:

تتكون صيغة عقد الزواج من الإيجاب والقبول.

والإيجاب: هو ما يصدر أولاً من أحد العاقدين للدلالة على إرادته فى إنشاء الارتباط.

والقبول: هو ما يصدر ثانيًا من العاقد الآخر للدلالة على رضاه وموافقته بما أوجبه الأول.

فإذا قال الرجل للمرأة: تزوجتك فقالت: قبلت، كان الأول إيجابًا من الرجل وكان الثانى قبولاً منها، وإذا قالت المرأة للرجل: زوجتك نفسى، فقال الرجل: قبلت. كان

(١) البهجة فى شرح التحفة جـ ١ ص ٢٣٦.

الأول إيجابًا من المرأة والثانى قبولاً من الرجل، ويرى بعض الفقهاء أن الإيجاب هو ما صدر من المرأة أو من يمثلها سواء صدر أولاً أو ثانيًا، لأنها هى التى تملك الرجل حق المعاشرة الزوجية، أما القبول فهو ما صدر من الرجل أو من يمثله تقدم أو تأخر لأن الرجل هو الذى يتملك حق المعاشرة الزوجية ونحن سنسير على الرأى الأول[1].

وقد يتولى صيغة العقد اثنان لهما صفتهما الشرعية وذلك يتحقق فى الصور الآتية:

١- أن يكون العاقدان أصيلين، وهما: الزوج والزوجة.

٢- أو يكون العاقدان وليين، وهما: ولى الزوج وولى الزوجة.

٣- أو يكون العاقدان وكيلين وهما: وكيل الزوجة ووكيل الزوج.

٤- أو يكون أحد العاقدين أصيلاً والآخر وليًا.

٥- أو يكون أحد العاقدين أصيلاً والآخر وكيلاً.

٦- أو يكون أحد العاقدين وليًا والآخر وكيلاً.

وينعقد الزواج فى هذه الصور باتفاق الفقهاء.

وقد يتولى الصيغة عاقد واحد تقوم عبارته مقام العبارتين إذا كان له حق تمثيل الطرفين شرعًا ويتحقق ذلك فى الصور الآتية:

١- أن يكون العاقد وليًا على الزوجين كرجل زوج ابنة أخيه الصغيرة من ابن أخيه الصغير وهما فى ولايته.

٢- أن يكون العاقد أصيلاً من جانب ووليًا من جانب آخر كمن يزوج نفسه من بنت عمه الصغيرة التى فى ولايته.

٣- أن يكون العاقد وكيلاً عن الزوجين كمن يزوج موكله من موكلته.

٤- أن يكون العاقد أصيلاً من جانب ووكيلاً من جانب آخر كمن يزوج نفسه من امرأة وكلته أن يتزوجها.

٥- أن يكون العاقد وليًا من جانب ووكيلاً من جانب آخر كمن زوج بنت أخيه التى فى ولايته برجل وكله أن يزوجه منها.

(١) (حاشية الدسوقى على الشرح الكبير) جـ ٢ ص ٢٢٠.

وحكم هذه الصور أن الزواج منعقد عند أبى حنيفة ومحمد ومالك وأحمد لأن للعاقد صفة شرعية ودليل ذلك ما ثبت من أن الرسول ﷺ قال لرجل «أترضى أن أزوجك فلانة؟ قال نعم، وقال للمرأة: «أترضين أن أزوجك فلانًا؟ قالت: نعم» فزوج أحدهما صاحبه، وكذلك ما رواه البخارى أن عبد الرحمن بن عوف قال: لأم حكيم: أتجعلين أمرك إلىَّ؟ قالت: نعم، قال: قد تزوجتك، فدل ذلك على أنه يجوز للواحد أن يتولى طرفى عقد الزواج ما دامت له الصفة الشرعية وتقوم عبارته مقام العبارتين لأنه قائم مقام الاثنين، وإنما جاز للواحد أن يتولى عقد الزواج دون سائر العقود لأن حقوق الزواج ترجع إلى الموكل لا إلى الوكيل، والوكيل ما هو إلا سفير ومعبر عمن يمثله فى الزواج، وأما فى العقود الأخرى فإن الحقوق ترجع إلى من يباشر العقد فيطالب بها، ويرى زفر من الحنفية والشافعى: أن الزواج لا ينعقد إلا بإرادتين إحداهما موجبة والثانية قابلة، ولا يمكن قيامهما بشخص واحد فى حال واحدة، واستثنى الشافعى ما إذا زوج الجد بنت ابنه الصغيرة من ابن ابنه الصغير فالزواج ينعقد بعبارة واحدة فى هذه الصورة فقط للضرورة، والراجح هو الأول لما استدللنا به، وقد يتولى صيغة العقد اثنان لأحدهما صفة شرعية دون الآخر أوليس لكليهما صفة شرعية ويتحقق ذلك فى الصور الآتية

١- أن يكون الموجب فضوليًا والقابل أصيلاً كأن يقول الفضولى لرجل زوجتك فاطمة، فيقول الرجل: قبلت.

٢- أو يكون الموجب فضوليًا والقابل وليًا مثل أن يقول الفضولى لرجل: زوجت فلانة من أحمد المشمول بولايتك فيقول: قبلت.

٣- أو يكون الموجب فضوليًا والقابل وكيلاً مثل أن يقول الفضولى لرجل: زوجت فلانة من موكلك أحمد، فيقول: قبلت.

٤- أو يكون الموجب فضوليًا، والقابل فضوليًا مثل أن يقول الفضولى لفضولى آخر: زوجت فلان من فلانة فيقول: قبلت.

وحكم هذه الصور أن الزواج ينعقد موقوفًا على إجازة صاحب الشأن خلافًا للشافعى الذى يرى أن زواج الفضولى وتصرفاته باطلة، وقد يتولى صيغة العقد واحد فقط ليس له صفة شرعية من جهة وله صفة شرعية من جهة أخرى أو ليس له صفة شرعية مطلقًا ويتحقق ذلك فى الصور الآتية:

١- أن يكون العاقد فضوليًا من جانب وأصيلاً من جانب آخر كأن يقول بحضور الشهود: تزوجت بفاطمة، وهو ليس وليًا عليها، ولا وكيلاً عنها.

٢- أو يكون العاقد فضوليًا من جانب ووليًا من جانب آخر كأن يقول أمام الشهود: زوجت بنت ابنى وهى صغيرة من فلان وهو لم يكن وليًا ولا وكيلاً عنه.

٣- أو يكون العاقد فضوليًا من جانب ووكيلاً من جانب آخر كأن يقول أمام الشهود: زوجت موكلى فلان من عائشة ولم يكن وليها ولا وكيلاً عنها.

٤- أو يكون العاقد فضوليًا فى الجانبين كأن يقول أمام الشهود زوجت خالدًا من أسماء وهو ليس وليًا عليهما ولا وكيلاً عنهما.

ويرى الإمام أبو يوسف من الحنفية أن الزواج ينعقد فى هذه الصور موقوفًا على إجازة من له حق الإجازة ولا فرق عنده بين كون من يتولى العقد له صفة شرعية أو ليس له صفة شرعية إلا أن العقد نافذ بالنسبة للأول وموقوف بالنسبة للثانى.

ويرى أبو حنيفة ومحمد وزفر والشافعى: أن الزواج لا ينعقد أصلاً فى هذه الصور، أما أبو حنيفة ومحمد فيريان أن العاقد إذا كان ذا صفة شرعية فعبارته تقوم مقام الاثنين وتفيد معنى الإيجاب والقبول كما تقدم.

أما فى هذه الصور فالعاقد ليس له صفة شرعية وهو الفضولى فتكون عبارته لغوًا وهدرًا.

وأما زفر فلأنه يرى أن الزواج لا ينعقد إلا بإرادتين إحداهما موجبة والأخرى قابلة ولا يمكن قيامهما بشخص واحد.

وأما الشافعى فلأنه يرى أن عقد الفضولى وتصرفاته باطلة[1].

* * *

(١) الأحوال الشخصية للدكتور محمد الذهبى ص ٥٤ وما بعدها.

الفصل الثانى
فى شروط الزواج

لعقد الزواج شروط كثيرة متنوعة فبعضها شروط انعقاد وبعضها شروط صحة وبعضها شروط نفاذ وبعضها شروط لزوم، هذه هى الشروط الشرعية فى عقد الزواج، وهناك شروط اشترطها المشرع الوضعى هى قيود قانونية لا يترتب على فقدانها أى حكم شرعى، وإنما يترتب على فقدانها أثر قانونى فقط.

فشرط الانعقاد إذا فقد لا يكون للعقد وجود شرعى ويكون باطلاً، وشرط الصحة إذا فقد كان عقد الزواج فاسدًا، وشرط النفاذ إذا فقد كان عقد الزواج موقوفًا على إجازة من له حق الإجازة، وشرط اللزوم إذا فقد كان العقد قابلاً للفسخ باختيار من له حق الخيار(١).

المبحث الأول
شروط الانعقاد

شروط الانعقاد هى التى يلزم مراعاتها فى أركان العقد أو فى الأساس التى تقوم عليها هذه الأركان بحيث لو تخلف شرط منها صار وجود الأركان بمنزلة العدم ولم يمكن للعقد وجود شرعًا فلا يترتب عليه أى حكم من الأحكام التى وضع العقد لإفادتها وأطلق على العقد اسم «الباطل» وشروط الانعقاد بعضها فى الصيغة وبعضها فى العاقدين وبعضها فى الزوجين.

(١) هذا على اصطلاح الحنفية أما غيرهم من الفقهاء فلا يوجد عندهم شروط للانعقاد وشروط للصحة بل جميع هذه الشروط تعتبر شروطاً للصحة إذا تخلف شرط منها كان العقد غير صحيح وسمى باطلاً أو فاسداً، ومع ذلك فعقود الزواج غير الصحيحة باتفاق جميع الفقهاء ليست فى درجة واحدة من حيث الآثار التى تترتب على الدخول بالمرأة فيها، بل منها مالا يترتب على الدخول بالمرأة فيه أثر من الآثار ومنها ما يترتب على الدخول بالمرأة فيه بعض الآثار كثبوت النسب ووجوب العدة على المرأة من وقت المتاركة أو التفريق، ونرى أن مسلك الحنفية أدق وأصح (الأحكام الشرعية للدكتور زكى الدين شعبان ص ٩٠ وما بعدها).

أولاً - شروط الصيغة

يشترط فى الصيغة ما يأتى:

١- أن تكون بلفظ يفيد معنى الازدواج للاستمتاع والتناسل ويدل على الرضا بذلك فى الحال، ومرجع إفادة اللفظ هذا المعنى مادته، ومرجع الدلالة على الرضا هيئته وصورته، فأما من حيث المادة والاشتقاق فالقبول لا يشترط فيه لفظ معين بل يتحقق بكل لفظ يدل على الموافقة والرضا بما أوجبه الطرف الأول من أى مادة كان كقبلت أو رضيت أو أجزت.

وأما الإيجاب فقد اختلف فيه الفقهاء، فذهب الشافعية والحنابلة ومن وافقهما إلى أنه لابد أن يكون الإيجاب بلفظ النكاح أو التزويج وما اشتق منهما، لأن هذين اللفظين هما اللذان وضعا فى اللغة العربية لمعنى الزواج، ووردا على لسان الشرع فى التعبير عنه، وهو عقد له اعتبار دينى، وفيه معنى العبادة والتقرب إلى الله تعالى فيقتصر فى التعبير عنه على ما ورد فى لسان الشرع[1].

وذهب الأحناف إلى أن الإيجاب كما يصح أن يكون بلفظ النكاح والتزوج يصح أن يكون بغيرهما من الألفاظ التى تدل على تمليك العين فى الحال كالهبة والتمليك والبيع وما يرادف ذلك متى وجدت القرينة التى تدل على أن المراد بهذه الألفاظ الزواج، واستدلوا على ذلك من قول الرسول ﷺ للرجل الذى لم يجد مالاً يتزوج به «ملكتكها بما معك من القرآن»[2]. ويقول الله تعالى «وامرأة مؤمنة أن وهبت نفسها للنبى» أى زوجت، أما الألفاظ التى لا تدل على التمليك أصلاً كالإباحة والإحلال والإيداع، وما يدل على تمليك المنفعة كالإجارة والإعارة، وما يدل على التمليك فى المستقبل كالوصية فلا ينعقد الزواج بأى لفظ منها لأنها تتنافى مع مقتضى عقد الزواج الذى شرع للتأبيد دون التوقيت.

ونرجح ما ذهب إليه الأحناف لما ذكرنا من ورود لفظى الهبة[3] والتمليك فى لسان

---

(١) نهاية المحتاج للرملى جـ ٦ ص ٢٠٧، المغنى والشرح الكبير جـ ٧ ص ٤٢٨.

(٢) البدائع للكسانى جـ ٢ ص ٢٢٩.

(٣) ولا يقال بأن ذلك خصوصية للنبى ﷺ فالخصوصية لرفع الحرج ولا حرج ولا مشقة فى استعمال لفظ الزواج حتى يرفع باستعمال لفظ الهبة وإنما الخصوصية فى هذه الآية فى زواج النبى بدون مهر، وفى إيجاب المهر حرج.

الشرع أيضًا فيكون ذلك أصلاً فى انعقاد الزواج بالألفاظ المجازية، وما فى الزواج من معنى القربة والطاعة لا يستلزم انعقاده بألفاظ خاصة فإن الصدقة أدخل فى معنى العبادة منه ولم يشترط فيها لفظ خاص.

وأما من حيث الهيئة والصورة فيلزم فى الإيجاب والقبول أن يكونا بصيغة الماضى لدلالته على تحقق معناه وحصوله فعلاً فينعقد العقد بنحو زوجت وتزوجت إيجابًا ورضيت ووافقت قبولاً.

وقد يكون الإيجاب بصيغة الأمر والقبول بصيغة الماضى كأن يقول الرجل للمرأة: زوجينى نفسك فتقول: زوجتك نفسى، أو يكون الإيجاب بصيغة المضارع والقبول بصيغة الماضى مثل أن يقول الرجل للمرأة: أتزوجك، فتقول هى: قبلت فينعقد العقد إذا كان هناك قرائن تدل على أن المقصود من صيغة غير الماضى إنشاء العقد كدعوة الأصدقاء والشهود لحضور العقد والشهادة عليه فإن فى ذلك قرينة على إنشاء العقد فى الحال، أما غير ذلك من الصيغ فلا يجوز ولا ينعقد العقد كأن يقول لها: سأتزوجك فقالت: أقبل لأن الصيغة صريحة فى الوعد بالزواج لا فى إنشائه الآن.

تنبيهات:

(أ) إذا كان العاقدان حاضرين مجلس العقد وكانا قادرين على النطق باللفظ والعبارة فإنه يتعين عليهما الإتيان باللفظ والعبارة المفيدة لإنشاء العقد، ولا ينعقد الزواج بينهما بإشارة أو كتابة لأن اللفظ هو الأصل فى التعبير عن الإرادة ولا يلجأ إلى غيره إلا عند الضرورة ولأن عقد الزواج له أهميته وخطورته ويشترط فى صحته حضور الشهود وسماعهم كلام العاقدين.

- **انعقاد العقد بالإشارة** - أما إذا كان المتعاقدان حاضرين فى مجلس العقد وعجز كل منهما أو أحدهما عن النطق باللفظ والعبارة لإنشاء العقد ولا يعرف الكتابة بأن كان أخرس أو معتقل اللسان، صح الإيجاب أو القبول بالإشارة المعهودة المفهمة لأنها حينئذ السبيل الوحيد لإفهام المراد وإظهار ما فى النفس من الرغبات، أما إذا كان العاجز عن النطق يعرف الكتابة، فالرأى الراجح أن زواجه لا ينعقد إلا بالكتابة، وعلى ذلك يجرى العمل فى

المحاكم[١]، وهناك قول مرجوح أن زواجه ينعقد بالإشارة ولو كان قادراً على الكتابة ما دامت الإشارة تفيد المقصود.

- **انعقاد العقد بالكتابة وبالرسول** - أما إذا كان أحد المتعاقدين غائبًا صح إنشاء الزواج بينهما بالكتابة. فإذا كتب رجل إلى امرأة كتابًا معبراً عن إرادته فى إنشاء عقد الزواج كان عليها ليصح العقد أن تحضر الشهود ليسمعوا ما جاء فى الكتاب ثم يسمعوا القبول منها فى المجلس وبذلك يكون الشهود قد سمعوا شطرى العقد وشهدوا بالإيجاب والقبول فيكون العقد صحيحًا. ولو كان مكان الكتاب رسول بالإيجاب ونقل عبارة المرسل بحضور شاهدين وقبلت فى مجلس تبليغ الرسالة انعقد الزواج[٢]. ومما ينبغى التنبيه عليه أن الزواج لا ينعقد بواسطة المسرة (الهاتف) لأنه يشترط لصحته حضور شاهدين يسمعان كلام العاقدين ويفهمان المراد منه إجمالاً عند جمهور الفقهاء.

أما فى التكلم فى الهاتف فإن الشاهدين يسمعان كلام أحدهما فقط وهذا غير كاف فى صحة العقد.

(ب) ومن حيث اللغة التى يتم بها عقد الزواج فقد اتفق الفقهاء على أنه إذا كان العاقدان أو أحدهما لا يفهم اللغة العربية فإن العقد يصح باللغة التى يفهمها العاقدان أيا كانت هذه اللغة بشرط أن تكون هذه اللغة مفهومة للشهود أيضًا.

أما إذا كان المتعاقدان يستطيعان التلفظ بالعربية فقد اختلف الفقهاء فى ذلك. فذهب الإمام الشافعى إلى أنه لا ينعقد الزواج بغير العربية فى هذه الحال لأن الزواج حقيقة شرعية رتبت الشريعة عليها آثاراً شرعية كالصلاة.

وذهب جمهور الفقهاء إلى جواز انعقاد الزواج بغير اللغة العربية فى هذه الحال وذلك بشرط أن تكون ألفاظ تلك اللغة المتعاقد بها دالة دلالة صريحة على إرادة إبرام عقد الزواج

---

(١) جاء بالمادة ٢٨ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ما يأتى:

«إقرار الأخرس يكون بإشارته المعهودة ولا يعتبر إقراره بالإشارة إذا كان يمكنه الإقرار بالكتابة».

(٢) مجلس العقد هو مجلس قراءة الكتاب وإعلان الرسالة، ويشترط القبول فى هذا المجلس أما إن قامت من المجلس قبل القبول أو تغير المجلس من غير أن تقبل انتهى الإيجاب حتى لو قبلت بعده لا ينعقد الزواج.

بلا أدنى شك ومفهومة بين المتعاقدين وبين الشهود، وذلك لأن التكلم بغير العربية ليس حرامًا، ولأن العبرة فى العقود للمعانى دون الألفاظ كما أن هناك فرقًا بين الصلاة والزواج فالصلاة عبادة محضة.

ولا يشترط فى اللغة التى ينعقد بها الزواج أن تكون هى الفصحى بل يصح بها وبغيرها كالعامية. فيصح أن يقول جوزنى وجوزتك بدل زوجنى وزوجتك.

(جـ) ولا ينعقد الزواج بالتعاطى كما ينعقد البيع به فلو أن امرأة قالت لرجل بحضور شاهدين: زوجتك نفسى بمائتى جنيه، فسلمها الرجل مائتى جنيه ولم يقل قبلت لم ينعقد الزواج لأنه عقد له كيانه ويجب حفظه عن أى احتمال.

٢- ومن شروط الصيغة اتحاد مجلس الإيجاب والقبول: والمراد بذلك ألا يحصل بعد الإيجاب ما يدل على إعراضهما أو إعراض أحدهما عنه، فإذا حصل الإعراض بطل الإيجاب فبالقبول بعد هذا - طال الفصل أم قصر - لا تجتمع الإرادتان على معنى واحد فلا ينعقد العقد، ولا يشترط أن يصدر القبول فور الإيجاب خلافًا للشافعى، وليس المراد بالمجلس مكان وجود المتعاقدين بل المراد المجلس الاعتبارى للإيجاب والقبول وهو قائم ما لم يوجد ما يدل على الرجوع فى الإيجاب أو على سقوطه أو رفضه.

- ومن شروط الصيغة أيضًا موافقة القبول للإيجاب ومطابقته له وتتحقق هذه الموافقة باتحاد القبول والإيجاب فى موضوع العقد ومقدار المهر فإذا خالف القبول الإيجاب فى شىء من ذلك لا ينعقد الزواج إلا إذا كانت المخالفة فيها خير للموجب. وعلى هذا لو قال الموجب: زوجتك ابنتى ليلى فقال: قبلت زواج ابنتك زينب لم ينعقد الزواج لمخالفة القبول للإيجاب فى موضوع العقد.

ولو قال: زوجتك ابنتى ليلى بألف جنيه، فقال: قبلت زواجها بسبعمائة جنيه لم ينعقد الزواج لمخالفة القبول للإيجاب فى مقدار المهر. أما إذا قال: زوجتك نفسك بمائتى جنيه فقالت: تزوجتك بمائة جنيه، صح الزواج لأن المخالفة فيها فائدة للموجب وتعتبر أنها قبلت الزواج بالمهر المسمى وحطت عنه مائة جنيه، فلا يحتاج إلى قبول منه لأنه إسقاط وإبراء. وكذلك إذا قالت المرأة: زوجتك نفسى بمائة جنيه فقال: قبلت زواجك بمائتى جنيه انعقد العقد على مائة جنيه ولا يلزم الزواج بهذه الزيادة التى زادها فى المهر الذى حددته إلا إذا

رضيت بالزيادة فى مجلس العقد، لأن الزيادة تمليك والتمليك يحتاج إلى القبول إذ لا يدخل شيء فى ملك أحد إلا برضاه.

٤- كذلك يشترط أن تكون صيغة العقد منجزة لم يعلق الإيجاب فيها على حصول أمر فى المستقبل سواء كان المعلق عليه محقق الوقوع فى المستقبل أو كان حصوله محتملاً أو مستحيل الوقوع، وأن يكون الإيجاب غير مضاف إلى زمن مستقبل فإذا قال رجل لامرأة: تزوجتك على مهر قدره مائة جنيه فقالت: قبلت: فبمجرد التلفظ بالإيجاب والقبول ينعقد الزواج وتترتب عليه أحكامه وآثاره فى الحال متى استوفى أركانه وشرائطه الشرعية. أما إذا كان الإيجاب معلقًا على حصول أمر فى المستقبل وربط وجوده بهذا الأمر ثم جاء القبول من الطرف الآخر موافقًا له فى ذلك فالعقد باطل غير منعقد لا فى الحال ولا فى الاستقبال، سواء كان المعلق عليه محقق الوقوع فى المستقبل كقوله لها: تزوجتك إن جاء شهر أكتوبر من العام القادم فقالت: قبلت، أو كان محتمل الوقوع فى المستقبل كقوله لها تزوجتك إن جاء أخى من السفر وكان أخوه مسافرًا، فقالت: قبلت، أو كان مستحيل الوقوع كقوله لها: إن أمطرت السماء ذهبًا فقد تزوجتك فقالت: قبلت، أما إن كان العقد معلقًا على أمر موجود حال العقد كقوله لها: إن كنت طالبة فى كلية الحقوق فقد تزوجتك وكانت طالبة فى كلية الحقوق، أو كان معلقًا على أمر ممكن تحققه فى الحال كقوله إن رضى أبوك بهذا المهر فقد تزوجتك، ورضى أبوها الحاضر فى مجلس العقد فإن الزواج ينعقد فى هاتين الصورتين متى استوفى أركانه وشروطه الشرعية لأن التعليق هنا ضرورى والصيغة فى الحقيقة منجزة.

وكذلك لا ينعقد الزواج إذا كان الإيجاب مضافًا إلى زمن مستقبل كما إذا قال رجل لامرأة: تزوجتك فى أول يناير القادم فقالت: قبلت فإن الزواج لا ينعقد لا فى الحال ولا عند حلول الزمن المضاف إليه ويكون باطلاً.

وذلك لأن التعليق والإضافة تنافيان موجب عقد الزواج لأن الشارع وضع عقد الزواج ليفيد حكمه فى الحال.

اقتران الصيغة بالشروط:

صيغة العقد قد تكون منجزة ولكنها قد تقترن بشرط يشترطه أحد الزوجين لتحقيق مصلحة له ويقبله الطرف الآخر، فهل هذا الشرط مطلقًا يعتبر ويجب الوفاء به أم أن بعضه ينبغى مراعاته والوفاء به والبعض الآخر ليس كذلك؟

اختلفت كلمة الفقهاء فى ذلك.

فذهب الحنفية إلى أن الشروط إما صحيحة يجب الوفاء بها، وإما غير صحيحة تلغو ويصح معها العقد. والشرط الصحيح عندهم ما كان يقتضيه العقد كاشتراطها أن ينفق عليها أو يحسن معاشرتها، أو كان مؤكدًا لمقتضى العقد كاشتراطها أن يكون والد الزوج ضامنًا للمهر والنفقة، أو ورد به شرع كاشتراط الزوج أن يطلقها متى شاء، أو جرى به عرف كاشتراط الزوجة تعجيل كل المهر أو نصفه حسب العرف المتبع فى البلد الذى عقد عليها فيه. فهذه شروط صحيحة يجب الوفاء بها. والشروط غير الصحيحة عندهم هى التى لا يقتضيها عقد الزواج ولا تؤكد مقتضاه ولم يرد الشرع بجوازها ولم يجر العرف بها، ومن أمثلتها أن يشترط الرجل على من يتزوجها ألا ينفق عليها، أو ألا يدفع لها مهرًا. أو أن تشترط المرأة على من يتزوجها أن يسكنها فى بيت أهلها، أو يطلق ضرتها، أو أن يشترط الزوجان المختلفان دينًا (الزوج المسلم والزوجة كتابية) أن يتوارثا، فهذه شروط باطلة فى نفسها ولا اعتبار لها ويصح معها العقد ويلغو الشرط ولا يجب الوفاء به لقوله ﷺ: «كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط».

أما الحنابلة فقد توسعوا فى الشرط الصحيح عندهم، فالشروط الصحيحة عندهم هى التى تكون فيها منفعة لأحدهما ولم يرد عن الشرع نهى عنه وافقت العقد أو لم توافقه، ما دامت لا تخل بالمقصود منه كاشتراط المرأة على من يتزوجها ألا يخرجها من بيت أهلها أو ألا يسافر بها أو ألا يتزوج عليها، أو اشترط الرجل فيمن يتزوجها أن تكون بكرًا أو جميلة أو متعلمة ونحو ذلك من الصفات، وهذا الشرط لازم يجب الوفاء به، وإلا فللمشروط له خيار الفسخ. يقول ﷺ: «إن حق ما وفيتم من الشروط ما استحللتم به الفروج» ويقول: «المسلمون عند شروطهم إلا شرطًا أحل حرامًا أو حرم حلالاً». والشروط غير الصحيحة عند الحنابلة هى التى ورد عن الشارع النهى عنها أو التى تناقض مقتضى العقد وتخل

بالمقصود منه كأن تشترط المرأة على من يتزوجها أن تخرج من البيت كما تشاء وفى أى وقت تريد، أو أن يطلق ضرتها، أو أن لا يقسم لها، أو يشترط الرجل ألا مهر لها أو ألا ينفق عليها أو أن تنفق عليه، فهذه الشروط كلها باطلة فى نفسها لأنها تنافى مقتضى العقد أو تخالف أحكام الشريعة ولا اعتبار لها ويصح معها العقد ويلغو الشرط إلا فى بعض الأحوال جعلوها مؤثرة فى صحة العقد فتبطل العقد ومن ذلك اشتراط تأقيت الزواج، واشتراط طلاق المرأة فى وقت معين، واشتراط الخيار فى فسخ الزواج للزوجين أو لأحدهما فهذه الشروط باطلة فى نفسها ويبطل بها الزواج عندهم[١].

وهذا الرأى فى نظرنا هو الصحيح الذى يجب الأخذ به ولا يصح العدول عنه إلى غيره، يقول ابن القيم «إن الشروط المشروطة فى النكاح أولى بالوفاء من شروط البيع وما ألزم الله ورسوله مغروراً قط، ولا مغبونًا غر به، ومن تدبر مقاصد الشرع فى مصادره وموارده وعدله وحكمته وما اشتمل عليه من المصالح لم يخف عليه رجحان هذا القول وقربه من قواعد الشريعة»[٢].

والعمل يجرى فى القضاء فى مصر على الأول (مذهب الحنفية).

ثانيًا: شروط العاقدين

١- أن يكون كل من العاقدين عاقلاً مميزاً فالمجنون والصبى غير المميز عبارتهما لا أثر لها ولا يتحقق بها ارتباط أو تصرف لأنهما لا إرادة لهما، ولا يتصور منهما رضا يعتد به ولا يقصدان معنى ما يقولان ولا يعرفان آثار التصرفات.

٢- أن يسمع كل من العاقدين الإيجاب والقبول ويفهما أن المقصود منه إنشاء الزواج، وإن لم يفهم كل واحد منهما معانى المفردات بعبارة صحيحة، لأن العبرة رضا الطرفين وتحقق الإرادتين وذلك يتحقق مع فهم المقصود الإجمالى.

---

(١) المغنى لابن قدامة جـ٧ ص ٤٥١.

(٢) زاد المعاد جـ٤ ص٤٣ وما بعدها.

ثالثًا شرط الزوجين

١- يشترط فى الزوج أن يكون مسلمًا إذا كانت الزوجة مسلمة، فلو عقد غير مسلم ولو كتابيًا على مسلمة كان العقد باطلاً.

٢- يشترط فى الزوجة المعقود عليها ألا تكون محرمة عليه تحريمًا قطعيًا لا شبهة فيه، وذلك كالأم والبنت والأخت والعمة والخالة، فمن عقد زواجه على إحداهن كان الزواج باطلاً.

كذلك يشترط أن تكون أنثى محققة الأنوثة فلو عقد على غير الأنثى كالخنثى المشكل لا ينعقد العقد لعدم المحلية ويكون باطلاً فإن زال الإشكال بأن غلبت فيه علامات النساء جاز العقد.

المبحث الثانى
شروط الصحة

المراد بشرط صحة الزواج هو الشروط التى يلزم توافرها فى العقد بعد استيفائه شروط الانعقاد، وذلك ليكون العقد صالحًا لترتب أثره الشرعى عليه، أما إذا تخلف شرط منها كان العقد غير صالح لترتب آثاره عليه وليس له وجود شرعًا وإن ترتب عليه بعض آثار الزواج الصحيح فى حالة حصول دخول المرأة وهذه الشروط هى:

١- ألا تكون المرأة محرمة على الرجل تحريمًا فيه شبهة أو فيه خلاف بين الفقهاء.

٢- الشهادة على الزواج.

٣- أن تكون صيغة العقد مؤبدة.

زاد المالكية والشافعية والحنابلة شرطان آخران: أحدهما الولى فيشترط لصحة عقد الزواج أن يتولاه ولى الزوجة دائمًا، وثانيهما عدم الإحرام بالحج والعمرة من الزوج أو الزوجة أو الولى، أما الحنفية فلم يشترطوا هذين الشرطين:

أولاً- ألا تكون المرأة محرمة على الرجل تحريمًا فيه شبهة أو خلاف بين الفقهاء:
فإن كانت محرمة بدليل ظنى أو كان التحريم مما يخالف فيه الفقهاء كان العقد فاسدًا، وذلك كتزويج المرأة على عمتها، والخالة على ابنة أختها، وتزوج المعتدة من طلاق بائن، وتزوج أخت المطلقة التى لا تزال فى العدة، فإن الزواج يقع فاسدًا تترتب عليه بعض الآثار فى حالة حصول دخول المرأة.

وهذا النوع من الزواج إن لم يحصل دخول بعد العقد فلا أثر ولا يجب شىء، أما إذا حصل دخول ترتب على هذا الدخول بعض آثار الزواج لوجود العقد صورة وهذه الآثار هى وجوب المهر والعدة وثبوت النسب وحرمة المصاهرة.

ثانيًا - الشهادة على الزواج:

١- آراء الفقهاء فى لزوم الشهادة:

اختلف الفقهاء فى لزوم الشهادة على قولين:

القول الأول وهو رأى جمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الأربعة[(١)].

أن الشهادة شرط فى صحة عقد الزواج لقوله ﷺ: «لا نكاح إلا بولى وشاهدى عدل وما كان من نكاح على غير ذلك فهو باطل» ولأن عقد الزواج له شأن عظيم فى نظر الإسلام، واقل ما يتحقق به إذاعة أمره وإشهار شأنه حضور شاهدين.

والقول الثانى وهو قول ابن أبى ليلى وأبى ثور وأبى بكر الأصم والشيعة الجعفرية أن الشهادة ليست شرطًا فى صحة الزواج بل مستحبة ولأن الآيات الواردة فى القرآن فى شأن الزواج لا تشترط الإشهاد عليه كقول الله تعالى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ﴾[(٢)] وقوله سبحانه: ﴿ وَأَنكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ ﴾[(٣)] فيعمل بها على إطلاقها ولا يصح تقييدها بشىء إلا إذا قام الدليل على هذا التقييد، وما ورد من الأحاديث التى تدل على وجوب الإشهاد على الزواج لا تصلح مقيدة للكتاب لأنها من قبيل أخبار الآحاد، والرأى المختار هو الرأى الأول.

---

(١) المالكية يرون أن الشهادة وحدها لا تكفى لصحة عقد الزواج، بل لا بد من الإعلان
(٢) النساء: ٣.
(٣) المائدة: ٣٢.

٢- وقت الشهادة:

قال المالكية: إن الشهادة لا يلزم تحققها وقت إنشاء العقد وإنما اللازم هو تحققها عند الدخول فإذا تحققت الشهادة وقت العقد أو عند الدخول كان العقد صحيحًا، وإن لم تتحقق الشهادة أصلاً لا وقت العقد ولا عند الدخول كان العقد فاسداً والدخول بالمرأة معصية[1].

وقال الحنفية والشافعية والحنابلة: أن الشهادة يلزم تحققها وقت إجراء العقد، فإن أجرى العقد بدونها كان العقد فاسداً حتى ولو تحققت الشهادة بعده وقبل الدخول بالمرأة وهذا هو القول الراجح.

٣- الحكمة من الشهادة:

إن عقد الزواج له خطره وشأنه العظيم فى نظر الإسلام لما يترتب عليه من مصالح دينية ودنيوية فكان من الواجب إعلانه للناس وإخراجه من حدود الكتمان وطريق ذلك هو الإشهاد عليه وقد دعا إليه الرسول ﷺ بقوله: «أعلنوا النكاح واجعلوه فى المساجد واضربوا عليه بالدفوف» كما روى عنه ﷺ «لا نكاح إلا بشهود».

ولكن لو أوصى الزوج الشهود بالكتمان وعدم الإعلان فذهب المالكية إلى أنه يبطل العقد لأنه يصير نكاح سر وهو باطل لأن المطلوب فيه الإعلان وذهب غيرهم من الفقهاء إلى أن هذا لا يؤثر فى العقد ولا يجعله سراً وقد حضره أربعة وقد قال الشاعر: ألا كل سر جاوز اثنين شائع.

٤- شروط الشهود:

(أ) العقل والبلوغ والحرية، فلا يصح الزواج بحضور المجانين والصبيان ولو مميزين والأرقاء، لأن الشهادة من باب الولاية ولا ولاية لهؤلاء على أنفسهم فلا تثبت لهم الشهادة على غيرهم ولا يتحقق بحضورهم إعلان الزواج أو إظهار شأنه.

(ب) سماع الشهود كلام العاقدين فى وقت واحد وفهمهما المراد منه إجمالاً وإن لم يفهما معانى المفردات. وعلى ذلك فلا يصح الزواج بحضور شاهدين نائمين أو أصمين لا يسمعان ولا يفهمان المراد مما يسمعانه، أو كان أحدهما كذلك لعدم تحقق المقصود من

---

(١) بداية المجتهد جـ٢ ص ١٠٤

الشهادة بحضورهما كذلك لا يصح الزواج بحضور شاهد سكران لا يعى ما يسمع ولا يذكر بعد الإفاقة.

(جـ) التعدد: بأن يكون الشاهدان رجلين أو رجلاً وامرأتين لقوله عز شأنه: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَن تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الأُخْرَىٰ﴾[1] وقوله ﷺ: «لا نكاح إلا بشاهدين» فلا يصح الزواج بشهادة رجل واحد أو بحضور رجل وامرأة واحدة، كما لا يصح بشهادة النساء[2] وحدهن مهما بلغ عددهن، لأن شهادتهن وحدهن لا تقبل إلا فيما لا يطلع عليه الرجال كالولادة والبكارة، ولأنهن لا يغشين مجالس الرجال عادة.

(د) الإسلام: إذا كان كل من الزوجين مسلمًا فلا يصح زواج المسلم بالمسلمة بشهادة غير المسلمين، وهذا باتفاق الفقهاء وذلك لأن الشهادة من باب الولاية ولا ولاية لغير المسلم على المسلم لقوله تعالى: ﴿لَن يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً﴾[3].

أما لو كان الزوج مسلمًا والزوجة كتابية فلا يشترط إسلام الشاهدين عند أبى حنيفة وأبى يوسف بل يصح عندهما بشهادة الكتابيين لأن الشهادة فى الزواج شهادة على المرأة وليست شهادة على الزوج وهذا ما يجزى عليه العمل فى المحاكم.

وهناك قول ثان لمحمد وزفر من الحنفية وباقى الأئمة يشترط الإسلام فى الشهود إذا كان الزوج مسلمًا لأن الشهادة على العقد والعقد يتعلق بالزوج والزوجة معًا ولا تجوز شهادة غير المسلم على المسلم.

(هـ) العدالة: فقد ذهب الشافعية والحنابلة إلى اشتراط العدالة فلا يصح الزواج بشهادة الفاسق، ويكفى فى تحقق العدالة أن يكون الشاهدان مستورى الحال غير معروفين بالفسق وهما ممن يعرفان بالعدالة ظاهرًا لا باطنًا، ويرى المالكية: أن العدالة مندوبة فى الشهود إن

---

(١) الآية ٢٨٢ من سورة البقرة.

(٢) يشترط المالكية والشافعية والحنابلة فى الشهود الذكورة فلا يصح عندهم عقد الزواج بحضور رجل وامرأتين لما روى عن الزهرى أنه قال: «مضت السنة عن رسول الله ألا تجوز شهادة النساء فى الحدود ولا فى القصاص ولا فى النكاح ولا فى الطلاق» أحكام الأسرة للدكتور محمد سلام مدكور، الأحوال الشخصية للدكتور أحمد الغندور ص٨١.

(٣) الآية ١٤١ من سورة النساء.

وجد العدول فإن لم يتيسر فيكفى أن يكونا مستورى الحال. ولم يشترط الأحناف العدالة لأن الشهادة شرعت لإظهار شأن الزواج وهذا حاصل بحضور الفاسق لأنه أهل لأن ينشئ عقد الزواج لنفسه ولغيره فيجوز أن يكون شاهدًا بطريق الأولى.

ولا يشترط البصر فى الشاهدين فيصح بحضور الأعميين، لأن الغرض من الشهادة يتحقق بشهادتهما، كما لا يشترط فى الشاهدين انتفاء التهمة عنهما فيصح أن يشهد على عقد الزواج ابنا الزوجة أو ابنا الزوج أو ابناهما معًا، وإن كانت لا تقبل شهادتهما أمام القضاء لإثبات الزوجية عند إنكارها لأنهما ليسا أهلاً لأداء الشهادة التى تثبت بها الدعاوى أمام القضاء[١].

ثالثًا - تأبيد صيغة عقد الزواج:

يشترط فى صحة عقد الزواج أن تكون الصيغة مؤبدة غير مؤقتة بمدة. والمؤقتة يرى بعض فقهاء الحنفية أنها على وجهين:

الوجه الأول:

الزواج المؤقت وهو كالعقد الصحيح إلا أنه يقترن بوقت طال الوقت أو قصر، كأن يقول رجل لامرأة: تزوجتك لمدة شهر على مهر قدره مائة جنيه فتقول: قبلت فيكون هذا الزواج فاسدًا[٢] لأن التأقيت يفسد العقد ويفوت المقصود الأصلى من الزواج وهو الدوام والاستمرار من أجل التناسل وتربية الأولاد[٣].

والوجه الثانى:

أن يكون بلفظ المتعة لأجل محدد وبدون شهود كأن يقول رجل لامرأة: أتمتع بك شهرًا، أو شهرين، وأعطيك خمسين دينارًا فتقول: قبلت. كان الزواج باطلاً.

---

(١) فتح القدير جـ٢ ص ٢٥٢.

(٢) يرى زفر أن العقد فى الزواج المؤقت يصح وتلغو المدة وروى عن أبى حنيفة: أنه إذا ذكر مدة لا يعيش مثلهما إليها كمائة سنة مثلاً صح الزواج لأنه فى معنى المؤبد، حاشية ابن عابدين جـ٢ ص ٦٨٦.

(٣) لا يعتبر من الزواج المؤقت اقتران صيغة العقد باشتراط التطليق بعد مدة معينة لأن العقد اقترن بشرط فاسد فيصح العقد ويبطل الشرط.

وحقيقة الأمر أنه لا فرق بينهما فالنكاح إلى أجل هو نكاح متعة، وليس من الضرورى الإتيان بلفظ المتعة بل تحقيق معناه، فالعبرة فى العقود المقاصد والمعانى لا الألفاظ والمبانى وذلك هو قول جمهور الفقهاء[1].

آراء الفقهاء فى زواج المتعة:

يرى الشيعة الإمامية أن نكاح المتعة جائز ويسمونه بالزواج المنقطع، ويعرفونه بأنه: «عقد ازدواج بين طرفين معلومين إلى أجل معين بمهر معين يذكر فى متن العقد» فإذا انتهى الأجل انحلت العقدة بينهما دون حاجة إلى طلاق، وتعتد الزوجة بحيضتين أو خمسة وأربعين يومًا إن كانت لا تحيض وهى فى سن من تحيض.

وإذا مات الزوج وهى فى أثناء مدة المتعة تعتد بأربعة أشهر وعشرة أيام أو وضع الحمل - إن كانت حاملاً - وتأخذ بأبعدهما أجلاً.

والولد من زواج المتعة كالولد من الزواج الدائم. ولا حد لعدد النساء المستمتع بهن، وهناك روايات أخرى تدل على عدم جواز الزيادة على الأربع ويرون كراهة التمتع بالأبكار[2] ويستدلون على جواز المتعة، بما يأتى:

١- قوله تعالى: ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُم بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾[3] فهذه الآية الكريمة توجب على الرجل أن يعطى الأجر للمرأة التى تمتع بها والأجر غير المهر، والاستمتاع غير الزواج المعروف، وهذا يدل على جواز المتعة. وقالوا: إن هناك قراءة لهذه الآية رويت عن ابن عباس، وعمران بن حصين وابن مسعود: «فما استمتعتم به منهن (إلى أجل مسمى) فآتوهن أجورهن» وقال عمران بن حصين: «نزلت آية المتعة فى كتاب الله وعملنا بها مع الرسول فلم تنزل آية تنسخها ولم ينه النبى ﷺ عنها حتى مات».

٢- أن النبى ﷺ أباح زواج المتعة فى بعض الغزوات.

---

(١) كشاف القناع جـ٥ ص ٤٨٠ حاشية الدسوقى جـ٢ ص ٢٣٨ وما بعدها، فتح القدير ص ٣٨٥ جـ٢، كتاب الأم جـ٥ ص ٧١.

(٢) فقه الإمام جعفر الصادق للأستاذ محمد جواد مغنية جـ٥ ص ٢٤٦ -٢٥٥.

(٣) الآية ٢٤ من سورة النساء.

٣- ما أخرجه مسلم عن ابن الزبير، قال: سمعت جابر ابن عبد الله يقول: «كنا نستمتع بالقبضة من التمر والدقيق الأيام على عهد رسول الله وأبى بكر حتى نهى عنه عمر فى شأن عمرو بن حريت».

٤- إن المتعة ثبتت بقطعى الحديث، وإن الأخبار الواردة فى نسخها ظنية لتعارضها «وما ثبت باليقين لا يزول بالظن، كما أن ابن عباس كان يفتى بجوازها بعد وفاة النبى ﷺ ويوافقه فى ذلك بعض الصحابة وهذا يدل على بقاء الإباحة حتى يقوم الدليل على تحريمها»[١].

ويرى الأئمة من أهل السنة وجمهور العلماء بطلان وفساد المتعة الذى كان مباحًا فى أول الإسلام ثم أصبح حرامًا بعد ذلك ويستدلون على بطلان وفساد المتعة بما يأتى:

١- يقول الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِلزَّكَاةِ فَاعِلُونَ ﴿٤﴾ وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ ﴿٥﴾ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ ﴿٦﴾ فَمَنِ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَٰلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ﴾[٢].

فقد أحل الله الاستمتاع بالزواج الشرعى الدائم أو بملك اليمين، والمتزوجة زواج متعة ليست واحدة من هاتين، فلا هى زوجة، ولا هى مملوكة، أما كونها ليست بزوجة فلأنها بزواج المتعة عند من يجيزونه لا ترث، ولا تكون فرقتها بطلاق، وليس لها من حقوق الزوجات ما يضفى عليها صفة الزوجة، كما أنها ليست برقيقة مملوكة ولهذا يحرم نكاح المتعة بنص الآية[٣].

٢- ما رواه الإمام أحمد ومسلم أن النبى خطب الناس بعد فتح مكة فقال: "يا أيها الناس إنى كنت أذنت لكم فى الاستمتاع بالنساء وأن الله حرم ذلك إلى يوم القيامة أبدًا فمن كان عنده منهن شىء فليخل سبيله ولا تأخذوا مما آتيتموهن شيئًا" وقد أكد هذا النهى فى حجة الوداع كما رواه الإمام أحمد والمنهى عنه حرام لا يجوز فعله.

٣- وعن على رضى الله عنه أن منادى رسول الله - نادى يوم خيبر - «ألا إن الله ورسوله ينهيانكم عن المتعة» كما ثبت عنه رضى الله عنه قال: «لا أعلم أحدًا تمتع وهو

(١) أصل الشيعة وأصولها للشيخ محمد الحسينى آل كاشف الغطاء.
(٢) الآيات ٥، ٦، ٧ من سورة المؤمنون.
(٣) النكاح والقضايا المتعلقة به للدكتور أحمد الحصرى ص ١٦٩ - ١٨٢.

محصن إلا رجمته بالحجارة» وأنه قال لابن عباس: «إنك تائه أن النبى ﷺ نهى عن المتعة».

وهذا هو الرأى الصحيح لقوة أدلته. ويمكن الرد على أدلة الشيعة بما يبطلها ليصبح مذهبهم بغير دليل وليتأكد صحة مذهب الجمهور بما يلى:

١- أما الآية التى استدلوا بها فليست فى المتعة بل فى الزواج الدائم بدليل ما قبلها وما بعدها من الآيات فيه، والتعبير فى الآية بالاستمتاع يراد به الاستمتاع بالزوجة الشرعية كما أن الأجور فى هذه الآية هى المهور. وقد عبر القرآن عن المهر بالأجر على سبيل المجاز فى آيات كثيرة منها قوله تعالى: «﴿فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾[1] وقوله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِن قَبْلِكُمْ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ وَلَا مُتَّخِذِي أَخْدَانٍ﴾[2] أى مهورهن. وأما استدلالهم بقراءة ابن عباس ومن معه بزيادة «إلى أجل مسمى» فهذه الزيادة رواية آحاد لا يثبت بها القرآن لأنه لا يثبت إلا بالتواتر، والزيادة قد تكون تفسيراً للآية وليس ذلك بحجة.

٢- وأما استدلالهم بإباحته ﷺ المتعة فى بعض الغزوات فإنما كان ذلك فى الزمن الأول للإسلام وكان مرحلة من مراحل التشريع لضرورات قاهرة، ولكن ثبت النهى عنها وتحريمها تحريمًا قاطعًا مؤبداً، وإن ذلك التحريم إلى يوم القيامة[3].

٣- وأما ما يفهم من حديث جابر من أن عمر هو أول من نهى عن المتعة فهذا غير صحيح، لما ورد عنه ﷺ من النهى فى مناسبات مختلفة، ليتأكد التحريم ويظهر أمره للمسلمين.

٤- وأما استدلالهم بأن المتعة ثبتت بدليل قطعى وأن الأخبار الواردة فى نسخها ظنية والقطعى لا ينسخ إلا بقطعى مثله فمردود، لأن الذين رووا إباحتها هم الذين رووا ما يفيد نسخها، وذلك إما قطعى فى الطرفين وإما ظنى فيهما، وقد تواترت الأخبار بتحريمها

(١) الآية ٢٥ من سورة النساء.

(٢) الآية ٢٥ من سورة المائدة.

(٣) ورد عنه ﷺ النهى عن المتعة ست مرات فى ست مناسبات: سبل السلام جـ٣ ص ١٣٩ بداية المجتهد جـ٢ ص ٥٤.

ونقلت عنه كثير من الصحابة ولم ينكر عليهم أحد حتى ابن عباس الذى نقل عنه أنه كان يفتى ببقاء إباحتها روى عنه أنه رجع عن قوله وانضم إلى الصحابة فى القول بتحريم المتعة عندما علم أن رسول الله نهى عنها نهيًا مؤبدًا(١).

زواج المحلل:

وهو أن يتزوج رجل مطلقة غيره ثلاثًا بعد انقضاء عدتها ليحلها لزوجها الأول فالمحلل لم يقصد من هذا الزواج الدوام وإنما يريد به تحليل الزوجة لمطلقها عن طريق زواجه بها ثم تطليقها.

وحكم هذا الزواج ديانة أنه حرام بإجماع مذاهب المسلمين لما رواه عقبة بن عامر أن رسول الله ﷺ قال: «ألا أخبركم بالتيس المستعار؟ قالوا بلى يا رسول الله. قال: هو المحلل، لعن الله المحلل والمحلل له» وأما حكمه قضاء فهناك من الفقهاء من يرون صحته مع الكراهة وإذا طلقها الأول حلت للثانى. وذهب محمد بن الحسن إلى عدم حلها للأول معاملة له بنقيض مقصوده. وذهب الشافعية إلى بطلانه إذا تزوجها بشرط حلها للأول وإذا لم يشترط ذلك فإن الزواج يصح ولو كان فى نيته التحليل. إذ النية لا تفسد شيئًا.

وذهب أبو يوسف من الحنفية والمالكية والحنابلة إلى أن نكاح التحليل فاسد وباطل سواء اشترط التحليل أو لم يشترط وهذا هو الحق الذى نرتضيه وإليه ذهب أكثر الفقهاء.

قال ابن تيميه: «دين الله أزكى وأظهر من أن يحرم فرجًا من الفروج حتى يسارع له تيس من التيوس لا يرغب فى نكاحه ولا مصاهرته ولا يراد بقاؤه من المرأة أصلاً فينزو عليها وتحل بذلك فإن هذا سفاح وزنا كما سماه رسول الله وأصحابه، فكيف يكون الحرام محللا؟ أم كيف يكون الخبيث مطيبًا؟ أم كيف يكون النجس مطهرًا»؟

(١) الأحوال الشخصية للدكتور أحمد الغندور ص ٩١.

المبحث الثالث

شروط النفاذ

وشروط النفاذ ترجع إلى أن الذى يتولى العقد يكون له الحق فى إنشائه فإذا تولاه من لا يملك حق إنشائه توقف نفاذه على إجازة، من له حق الإنشاء، ولذلك اشترط لنفاذ عقد الزواج وترتب آثاره عليه الشروط الآتية:

١- أن يكون كل من الزوجين العاقدين كاملى الأهلية بالعقل والبلوغ والحرية فلو كانا أو كان أحدهما ناقص الأهلية كأن كان معتوهًا أو صبيًا مميزًا أو رقيقًا توقف العقد على من له الولاية على نفسه فإن أجازه كان نافذًا تترتب عليه آثاره وإن لم يجزه بطل.

وإذا كان أحد العاقدين أو كلاهما فاقد الأهلية بأن كان مجنونًا أو صبيًا غير مميز وتولى زواجه بنفسه فالعقد باطل ولو أجازه من له حق الإجازة.

٢- أن يكون لكل من العاقدين صفة شرعية فى مباشرة عقد الزواج بأن يكون أصيلاً أو وكيلاً عن أحد الزوجين أو وليًا على أحد الزوجين فلو كان أحدهما فضوليًا باشر العقد لا بولاية ولا بوكالة أو كان وكيلاً خالف موكله فيما وكل فيه أو كان وليًا أبعد مع وجود الولى الأقرب منه كان عقد أى واحد من هؤلاء موقوفًا على إجازة صاحب الشأن.

ولا يشترط فى نفاذ عقد الزواج الرشد فيصح من السفيه، وينفذ ولو كان محجورًا عليه، ومثل السفيه فى هذا ذو الغفلة، لأن الحجر عليهما إنما هو فى التصرفات المالية أما التصرفات الشخصية فليست موضع حجر فيصح الزواج منهما وينفذ، ولكن لا يثبت به من المهر أكثر من مهر المثل إذا كان السفيه هو الزوج، ويثبت به مهر المثل على الأقل إذا كان السفيه هى الزوجة. واختلف الفقهاء فى نفاذ زواج المكره فذهب الحنفية إلى أنه صحيح نافذ ما دام المكره بالغًا عاقلاً حرًا وتلفظ بالزواج وإضافة إلى محله.

وذهب المالكية إلى أن زواج المكره باطل، فإذا أكره شخص على النكاح ثم زال الإكراه وجب فسخه ما لم يرضَ به، ويتفق مع المالكية الشافعية والحنابلة والظاهرية وهو الرأى الراجح فى هذا الموضوع.

المبحث الرابع
شروط اللزوم

هى الشروط التى يترتب على وجودها أن يكون العقد لازمًا بمعنى لا يجوز فسخه من أحد العاقدين أو من غيرهما ولا يجوز الاعتراض عليه وهذه الشروط هى:

١- أن يكون المزوج لفاقد الأهلية أو لناقصها الأصل أو الفرع المعروفين بحسن الاختيار، فإن كان المزوج لهما غير الأصل وغير الفرع أو الأصل أو الفرع المعروفين بسوء الاختيار، فلا يكون الزواج لازمًا ولو كان الزواج بكفء وبمهر المثل. ولفاقد الأهلية أو ناقصها حق خيار النسخ عند البلوغ أو عند الإفاقة.

٢- أن يكون الزوج كفئًا للزوجة إذا كانت بالغة عاقلة رشيدة وزوجت نفسها فإن كان الزوج غير كفء فلوليها العاصب حق الاعتراض على هذا الزواج وطلب فسخ العقد لأنه يعير بدناءة الزوج.

٣- أن يكون المهر مهر المثل إذا كانت بالغة عاقلة رشيدة وزوجت نفسها وإلا كان لوليها الحق فى الاعتراض والمطالبة بالفسخ ما لم يزد الزوج المهر إلى مهر المثل.

٤- أن يكون العقد خاليًا من التغرير بالنسبة لكفاءة الزوج فإذا ادعى الرجل أنه من أسرة عريقة تناسب أسرة المرأة وعقد عليها العقد ثم تبين أنه كاذب فى دعواه وأنه غير كفء لها فيجوز للزوجة ويجوز لوليها الحق فى طلب فسخ العقد لأنه لم يكن الرضا على أساس صحيح. أما تغرير المرأة بالرجل فلا يمنع من لزوم العقد لأنه يملك الخلاص منها بالطلاق، كما أنه يجب أن يلاحظ أنه ليس فى الزواج خيار الرؤية ولا خيار العيب لأن الزواج لا يتم إلا بعد اختيار وخطبة ومعرفة كل منهما صاحبه فلا معنى لاشتراط الخيار.

٥- أن يكون الزوج خاليًا من العيوب المبيحة لطلب الفرقة ومن هذه العيوب أن يكون مجبوبًا أو عنينًا، أو خصيًا وزاد محمد بن الحسن على ذلك أن يكون مجنونًا أو أبرص أو أجذم وهى العيوب التى تجعل الزوجة تتضرر بالبقاء معه، كأن تجد المرأة بزوجها عيبًا من العيوب الجنسية فإن زواجها يكون غير لازم ولها الحق فى طلب فسخه سواء أكان العيب قبل الزواج ولم تعلم به أم حدث بعده ولم ترضَ به.

وإذا وجدت مثل هذه العيوب فى المرأة فليس للزوج حق الفسخ عند الحنفية لأنه يملك طلاقها خلافًا للمالكية.

وقت طلب الفسخ من الزوجة أو الولى:

جاء فى الفقه المالكى أن حق فسخ العقد ثابت ما دام الزوج لم يدخل بها أو دخل بها ولم يطل الزمن، وذهب الحنفية إلى أن حق الفسخ يبقى حتى تلد أو تحمل حملاً ظاهرًا.

المبحث الخامس
طرق إثبات الزواج وتزويج الصغار
وموقف القانون فى مصر منهما

أولاً: طرق إثبات الزواج:

يثبت الزواج شرعًا بإحدى طرق ثلاث. الإقرار والبينة والنكول عن اليمين أى الامتناع عنه.

فإذا ادعى أحد الزوجين الزواج أو أمرًا يتعلق به كالمهر والنفقة مثلاً فإن أقر الطرف الآخر ثبت، لأن الإقرار حجة على المقر، ويكون الثبوت بتصادقهما، فيكون تقريرًا للواقع وإثباتًا لزوجية سابقة لا إنشاء لعقد الزواج وقت الإقرار، وإلا لاحتاج الأمر إلى إشهاد عليه ولم يقل أحد من الفقهاء ذلك[1].

وإن لم يقر طولب المدعى بالبينة، فإن أتى بشهود يشهدون على دعواه ثبت العقد، فإن عجز المدعى عن إقامة البينة وجهت اليمين إلى الطرف الآخر المنكر، فإن حلف على أن هذه الدعوى غير صحيحة، رفضت الدعوى، وليس معنى رفضها أنها لا تسمع بعد ذلك، بل يصح تجديدها إذا وجد المدعى شهودًا يشهدون له.

---

(١) يلاحظ هذا أن ثبوت الزواج بهذا الإقرار يتوقف على توافر شروط أهلية المقر للإقرار وألا يوجد مانع شرعى من قيام هذه الزوجية.

وإن امتنع المنكر عن اليمين قضى بثبوت الزواج، لأن النكول عن اليمين إقرار على الرأى المفتى به فى مذهب الحنفية وهو رأى الصاحبين[١].

ويرى الشافعية والجعفرية أنه إذا امتنع المنكر عن اليمين ردت على المدعى فإن حلف قضى له وإن امتنع ردت دعواه.

تلك هى الشروط التى شرطها الفقهاء فى عقد الزواج، وهذه طرق إثباته. وقد استنبطوها من النصوص وتطبيق القواعد الشرعية، فإذا توافرت الشروط كلها كان العقد صحيحًا نافذًا لازمًا شرعيًا ولا اعتراض لأحد عليه. وإن تخلف منها شرط أثر فى العقد حسب نوع ذلك الشرط، فإن كان شرط انعقاد لم يوجد العقد، وإن كان شرط صحة كان العقد غير صحيح وهكذا.

وهو يثبت إما بالإقرار من الطرفين أو بالبينة أو النكول عن اليمين عند الاختلاف فيه.

ثانيًا: تزويج الصغار:

موقف الفقهاء منه:

قديمًا اختلف الفقهاء فى زواج الصغار غير البالغين.

فذهب الجماهير منهم إلى جوازه ومعهم الشيعة الجعفرية[٢] وعدم اشتراط البلوغ فى صحة الزواج، لأن القرآن اعتبره صحيحًا ورتب عليه بعض آثار الزواج فى قوله تعالى: ﴿وَاللاَّئِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللاَّئِي لَمْ يَحِضْنَ﴾[٣].

فقد جعل عدة الصغيرة التى لم تحض ثلاثة أشهر. ومعلوم أن هذه العدة لا تكون إلا بعد زواج صحيح يعقبه طلاق ولما ثبت من فعل رسول الله وأصحابه من بعده، ولما قد

---

(١) ويرى أبو حنيفة أنه لا توجه اليمين إلى من أنكر الزوجية لأن النكول عن اليمين ليس إقرارًا عنده فلا فائدة فى توجيهها.

(٢) كما صرحت به كتبهم فى عبارات كثيرة كما فى المختصر النافع ص ١٩٦، ص١٩٧ وشرائع الإسلام جـ٢ صفحات ١١، ٣٨، ٤١.

(٣) الآية ٤ من سورة الطلاق.

يكون فيه من تحقيق مصلحة فى بعض الحالات، فقد يجىء الكفء يطلب زواج الصغيرة والولى حريص على مصلحة ابنته الصغيرة فيزوجها حتى لا يفوت الكفء إذا ما انتظر بلوغها حيث لا يوجد فى كل وقت.

وذهب البعض كابن شبرمة وعثمان وأبى بكر الأصم إلى منع زواج الصغار واعتبره باطلاً، لأن القرآن جعل النكاح للبالغين فى قوله سبحانه: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾[1] فقد جعلت الآية بلوغ سن النكاح علامة على انتهاء الصغر، ولو كان الزواج يصح للصغار لما كان لهذه الغاية معنى.

ولأن الزواج شرع للمعاشرة والتناسل وتكوين الأسرة، ولا يتحقق شىء من ذلك فى زواج الصغار فيكون ضربًا من اللهو والعبث، بل قد يترتب عليه الضرر، فلا فائدة إذن من إقدام الأولياء عليه.

ومع هذا الاختلاف فقد اتفقوا على عدم تقييده ببلوغ سن معينة كست عشرة أو سبع عشرة إلخ.. غير أن المانعين شرطوا لصحته البلوغ وهو فى الأصل يكون بالعلامات الطبيعية ووقتها يختلف باختلاف الأشخاص ونموهم فإذا تأخرت العلامات الطبيعية فى الظهور اعتبر البلوغ بالسن وهو يختلف من رأى لآخر.

ولكن حدثت أمور اقتضت إعادة النظر فى سن الزواج وإلزام الناس برأى يطبق على الجميع، فكانت للقوانين الصادرة جولة فى هذا الأمر.

ثالثًا: موقف القانون:

كان الناس يزوجون الصغار عملاً برأى جماهير الفقهاء القائلين بصحة زواج الصغار، ولم يكن ثمة اعتراض لأحد على ذلك، وكانت المحاكم فى البلدان الإسلامية تسير على هذا الرأى فكانت تسمع دعوى الزوجية ولو كان الزوجان صغيرين أو أحدهما، ولا يزال العمل جاريًا على ذلك إلى الآن فى بعض الدول الإسلامية كالسودان والسعودية.

ولما كان تزويج الصغار يترتب عليه بعض الأضرار الخلقية والاجتماعية كما هو مشاهد

---

(١) الآية ٦ من سورة النساء.

ومعروف فكرت الدولة العثمانية عند وضع قانون حقوق العائلة فى علاج لهذه المسألة. فمنعت زواج الصغار أصلاً قبل سن معينة فى المادة السابعة.

وزواج الأشخاص فى نظر قانون حقوق العائلة ثلاث مراتب:

الأولى: قبل سن الثانية عشرة للفتى والتاسعة للفتاة، وفيها يكون الزواج غير صحيح أصلاً.

الثانية: ما بين الثانية عشرة والثامنة عشرة للفتى، وما بين التاسعة والسابعة عشرة للفتاة وفيها يجوز الزواج إذا أذن الحاكم بعد أن يتبين له أن حالتهما تتفق ودعواهما البلوغ مع إذن الولى فى زواج الصغيرة.

الثالثة: ما بعد الثامنة عشرة للفتى والسابعة عشرة للفتاة والزواج فيها صحيح نافذ غير موقوف على شىء.

وخلاصة موقف هذا القانون: أنه شرط لصحة الزواج البلوغ، فحدد له حدًا أدنى. يقطع بعدم حصوله قبله، وحدًا أعلى يقطع فيه بتحققه بعده، وما بين الحدين جعله فى مجال النظر المفوض للحاكم «أى القاضى» فإن صدق الحاكم دعوى البلوغ أذن وإلا فلا إذن. فيئول فى النهاية إلى أنه لا زواج إلا للبالغين وأما الصغار فلا يجوز زواجهم.

ما عليه العمل فى جمهورية مصر العربية:

أما فى مصر فلم يصدر تشريع يقيد سن الزواج بقيد يمنع من صحته بدونه فبقى زواج الصغار صحيحًا شرعًا وقانونًا تترتب عليه آثاره الشرعية ما دام لم يحصل فيه خلاف أو إنكار يؤدى إلى رفع الأمر إلى القضاء.

والتشريعات التى صدرت فى هذا الموضوع تتعلق بإجراء عقد الزواج رسميًا أمام الموظف المختص، وبسماع دعوى الزوجية عند الاختلاف فيها، وتتضمن شروطًا قانونية لا تمس صحة العقد شرعًا، وإنما يترتب على تخلفها آثارًا قانونية لا دخل لها فى الحل والحرمة. وإليك هذه الشروط مع توضيح الباعث على وضعها:

أولاً - فى إجراء عقد الزواج:

اشترط القانون لإجراء الموظف المختص عقد الزواج وتسجيله فى الوثائق الرسمية أو تسجيل المصادقة عليه[1] بعد استيفائه الشروط الشرعية: ألا تقل سن الزوجة عن ست عشرة سنة، وسن الزوج عن ثمانى عشرة سنة وقت إجراء العقد أو وقت التصادق عليه.

جاء ذلك فى الفقرة الثانية من المادة ٣٦٧ من لائحة المحاكم الشرعية الصادر بها القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ ونصها: «لا يجوز مباشرة عقد الزواج ولا المصادقة على زواج مستند إلى ما قبل العمل بهذا القانون ما لم تكن سن الزوجة ست عشرة سنة وسن الزوج ثمانى عشرة سنة وقت العقد».

ومقتضى هذا النص أنه لا يجوز للموظف المختص بمباشرة عقود الزواج أن يقوم بتحرير عقد زواج بين اثنين تقل سنهما عن السن المحددة وقت إنشاء العقد، كما لا يجوز له أن يصادق على زواج مستند إلى ما قبل صدور القانون المذكور تقل فيه سن الزوجية عن ذلك.

وقد بينت المذكرة الإيضاحية لهذا القانون السبب الداعى إلى هذا التقييد كما بينت السر فى التفرقة بين سنى الزوجين فقالت: إن عقد الزواج له من الأهمية فى الحالة الاجتماعية منزلة عظمى من جهة سعادة المعيشة المنزلية أو شقائها والعناية بالنسل أو إهماله، وقد تطورت الحال بحيث أصبحت تتطلب المعيشة المنزلية استعداداً لحسن القيام بها ولا تستأهل الزوجة أو الزوج لذلك غالبًا قبل بلوغ سن الرشد المالى[2].

غير أنه لما كانت بنية الأنثى تستحكم وتقوى قبل استحكام بنية الصبى وما يلزم لتأهيل البنت للمعيشة الزوجية يتدارك فى زمن أقل مما يلزم للصبى كان من المناسب أن يكون سن الزواج للفتى ١٨ سنة وللفتاة ١٦ سنة.

---

(١) يراد بالمصادقة على عقود الزواج أن يقر الزوجان لدى الموظف المختص بتوثيق عقود الزواج بأنهما عقدا زواجهما فى تاريخ سابق ويرغبان الآن فى تسجيله وتوثيقه.

(٢) قد كان سن الرشد المالى وقت صدور هذا القانون ثمانى عشرة سنة، ثم رفعت بعد ذلك إلى إحدى وعشرين سنة فى سنة ١٩٤٧ بالقانون رقم ٩٩ حيث نصت المادة ٤٤ منه على سن الرشد هى إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة.

ولما تحايل الناس على هذا القانون ليوثقوا زواج الصغار بإخفاء شهادات الميلاد والاستشهاد بشهادات الأطباء أحيانًا أو بشهود الزور أحيانًا وضع المشرع عقوبة لمن يعقد هذا العقد وهو يعلم أنه مخالف للحقيقة أو يدلى بمعلومات كاذبة يعقد العقد بناء عليها.

جاء ذلك بالمادة الثانية من القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٣٣[1].

ثانيًا: فى سماع دعوى الزوجية:

اشترط القانون لسماع دعوى الزوجية أمام المحاكم أمرين:

أولهما: ألا تقل سن الزوجة عن ست عشرة سنة وسن الزوج عن ثمانى عشرة سنة هلالية وقت رفع الدعوى سواء أكان النزاع فى نفس الزوجية أم فى أثر من آثارها كالمهر والنفقة والطاعة والميراث كما جاء فى الفقرة الخامسة من المادة ٩٩ من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١.

وقد كان قبل ذلك لا تسمع دعوى الزوجين إذا كانت سن الزوجين أقل من السن القانونية وقت العقد سواء كانت سنهما وقت الدعوى بلغت ذلك أو لا، كما نص عليه القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٢٣ الصادر بشأن تحديد سن الزواج فجاء هذا تيسيراً على الناس وصيانة لحقوق الزوجية واحترامًا لآثارها حيث قصر المنع على حالة واحدة فقط وهى ما إذا كانت سنهما أو سن أحدهما وقت الدعوى أقل من السن المحددة.

فأصبح للمحاكم أن تسمع دعوى الزوجية إذا كان الزوجان قد بلغا وقت رفع الدعوى السن القانونية للزواج وإن لم يكونا قد بلغا هذه السن وقد عقد زواجهما. كما صرحت به المذكرة التفسيرية. فإذا كان سن الزوجين أو أحدهما تقل وقت رفع الدعوى عن السن القانونية فلا تسمع الدعوى، وللمحكمة أن تحكم من تلقاء نفسها بعدم سماع الدعوى فى

---

(١) ونصها يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنتين أو بغرامة لا تزيد على مائة جنيه كل من أبدى أمام السلطة المختصة بقصد إثبات بلوغ أحد الزوجين السن المحددة قانونًا لضبط عقد الزواج أقوالاً يعلم أنها غير صحيحة أو حرر أو قدم لها أوراقًا كذلك متى ضبط عقد الزواج على أساس هذه الأقوال أو الأوراق.

ويعاقب بالحبس أو بغرامة لا تزيد على مائتى جنيه كل شخص خوله القانون سلطة ضبط عقد الزواج إذا عقده وهو يعلم أن أحد طرفيه لم يبلغ السن المحددة فى القانون.

هذه الحالة. وعدم سماع الدعوى شامل لدعوى الزوجية أو آثارها ما عدا دعوى النسب فإنها بقيت كما كان الأمر قبل هذا القانون تسمع دعواه وإن لم يكن الزوجان بلغا هذه السن وقت العقد، وإن لم يكن عقد الزواج موثقًا.

وعبارة المذكرة التفسيرية فى هذا وظاهر أن هذا المنع لا تأثير له شرعًا فى دعاوى النسب بل هى باقية على حكمها المقرر كما كانت رغمًا من التعديل الخاص بدعوى الزوجية فى المادة (١٠١) من اللائحة القديمة.

وثانيهما: وجود مسوغ كتابى يثبت الدعوى عند إنكار المدعى عليه(١).

واشتراط هذا كان فى تعديل اللائحة سنة ١٨٩٧ ثم تنوع المسوغ الكتابى فى التعديلات التالية له إلى ان استقر على التعديل الأخير الصادر فى أول أغسطس سنة ١٩٣١، ومعنى هذا أن حوادث الزواج قبل سنة ١٨٩٧ لا يشترط لإثباتها عند الإنكار وجود مسوغ كتابى وإنما يشترط فيما حدث منها بعد هذا التاريخ.

وقد جاء هذا المسوغ الكتابى مختلفًا فى صورته تبعًا لاختلاف الفترات الزمنية فقسمته المادة ٩٩ من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ إلى ثلاثة أنواع يشترط وجود كل منها فى فترة محددة كما قسمت الفترات إلى أربع :

الأولى: حوادث الزواج السابقة على سنة ١٨٩٧ تثبت بالطرق الشرعية بالبينة عند الإنكار سواء كانت الدعوى مقامة فى حياة الزوجين أو بعد وفاة أحدهما ولا يشترط فيها مسوغ كتابى وإنما يشترط كون الدعوى مقامة من أحد الزوجين، وأن يكون زواجهما مشهورًا بين الناس كما جاء فى الفقرة الثانية من المادة السابقة، فإذا كانت الدعوى مرفوعة من غير الزوجين أو لم يكن زواجهما مشهورًا فلا تثبت الدعوى بالبينة.

الثانية: حوادث الزواج الواقعة بين سنة ١٨٩٧ وأول سنة ١٩١١ وتثبت فيها الدعوى فى حياة الزوجين بالطرق الشرعية وبعد وفاة أحدهما يشترط لسماعها عند الإنكار وجود أوراق خالية من شبهة التزوير تدل على وقوع الزواج سواء كانت الدعوى مقامة من أحد الزوجين أو من غيرهما. كما جاء فى الفقرة الأولى من تلك المادة.

---

(١) أما إذا كان مقرًا بالزوجية فيحكم بثبوتها معاملة له بإقراره وهو حجة عليه.

الثالثة: حوادث الزواج الواقعة بين سنة ١٩١١ إلى آخر يوليه سنة ١٩٣١ وتثبت فيها الدعوى فى حياة الزوجين بالطرق الشرعية، وبعد وفاة أحدهما يشترط لسماعها وجود أوراق رسمية ومكتوبة بخط المتوفى وعليها إمضاؤه سواء كانت مقامة من أحد الزوجين أو من غيرهما كما نصت عليه الفقرة الثالثة.

الرابعة: حوادث الزواج الواقعة من أول أغسطس سنة ١٩٣١ إلى الآن.

وهذه لا تسمع فيها الدعوى عند الإنكار إلا إذا كانت ثابتة فى وثيقة زواج رسمية سواء كانت الدعوى فى حياة الزوجين أو بعد وفاتهما أو بعد وفاة أحدهما. وسواء كانت مقامة من أحد الزوجين أو من غيرهما كما جاء بالفقرة الرابعة من تلك المادة.

والغرض الذى يهدف إليه المشرع من وضع هذين الشرطين وتقييد الاعتراف بالزواج رسميًا بهما يتلخص فى الأمور الآتية:

١- تلافى الضرر الصحى والاجتماعى الذى ينشأ عن زواج صغار السن، لأن مسئوليات الزواج عظيمة وخطيرة قلما يتحملها صغار السن. فحدد القانون تلك السن التى فيها يكون الزوجان قد وصلا فى الغالب إلى حالة جسمية وفكرية يستطيعان معها تحمل أعباء الزوجية من تكوين الأسرة وتربية الأولاد إلى غير ذلك مما شرع الزواج لتحقيقه.

٢- حفظ الحقوق الزوجية الناشئة عن عقد الزواج بصيانة هذا العقد من العبث والضياع بجحوده وإنكاره إذا ما عقد بدون وثيقة رسمية ثم أنكره أحد الزوجين وعجز مدعيه عن إثباته بالطرق الأخرى، ولو كان بيده وثيقة رسمية ما استطاع أحد إنكاره.

٣- منع دعاوى الزواج الباطل لأغراض سيئة كالطمع فى المال أو الكيد للآخر. وقد كانت دعاوى الزواج لهذه الأغراض ترفع أمام المحاكم ولا يستطيع المدعى عليهم رفضها قبل هذا القانون.

وبعد صدوره سد الطريق أمامهم وحال بينهم وبين تلك الدعاوى الكاذبة.

هذا وليس معنى اشتراط القانون لسماع الدعوى بلوغ سن معين أو وجود مسوغ كتابى أن عقد الزواج الخالى منهما يكون باطلاً، بل هو صحيح شرعًا وقانونًا، لأن صحته شرعًا لا تتوقف على شىء من ذلك. ولأن القانون لو لم يعتبره صحيحًا لاعتبرت مقاربة الزوج للزوجة الصغيرة هتك عرض يعاقب عليه القانون ولا يمكن لأحد أن يقول ذلك.

وكل ما فعله هو أنه منع الموظف المختص من إثبات عقد زواج لم يبلغ الزوجان فيه السن القانونية كما منع القضاة من سماع دعوى الزواج ممن لم يبلغوا السن القانونية وقت رفع الدعوى مطلقًا سواء كانت الزوجية معترفًا بها أو غير معترف بها، كما منعهم من سماعها عند إنكارها إذا لم يوجد مسوغ كتابى لسماعها.

ففقد شرط السن مانع من سماعها فى حالتى الإنكار للزوجية والاعتراف بها.

وفقد المسوغ الكتابى مانع من سماعها عند الإنكار فقط. أما إذا كان معترفًا بها ومستوفاة شرط السن فإنها تسمع ويكون ذلك كالتصادق عليها.

وقد فعل ذلك تحقيقًا للأغراض السابقة مستندًا من هذا المنع إلى ما هو مقرر فى الفقه الإسلامى من أن لولى الأمر أن يمنع القضاة من سماع بعض الدعاوى لما يراه من المصلحة فى صيانة الحقوق من الضياع.

فموقفه فى هذا سلبى رغبة منه فى تقليل وقائع الزواج بين الصغار والحيلولة دون وقوع دعاوى الزواج الكاذبة.

* * *

الفصل الثالث
أقسام الزواج وأحكام كل قسم

يراد بأقسام الزواج أقسامه من حيث كونه مستوفيًا شروطه الشرعية أو عدم استيفائه ذلك كلاً أو بعضًا. ويراد بالأحكام(1) هنا الآثار المترتبة عليه شرعًا كحل الدخول ووجوب المهر وغير ذلك من آثار عقد الزواج. وأقسام الزواج بناء على ما ذكرناه سابقًا من شرائطه المختلفة خمسة أقسام.

١- الزواج اللازم ويسمى الزواج التام.

٢- الزواج غير اللازم ويسمى الجائز.

٣- الزواج الموقوف.

٤- الزواج الفاسد.

٥- الزواج الباطل.

وسنبين حكم كل نوع وآثاره تفصيلاً: -

أولاً - الزواج اللازم (التام) وحكمه

الزواج اللازم هو الذى استوفى أركانه وشروط انعقاده وصحته ونفاذه، ولزومه. وحكمه أن تترتب عليه الآثار الآتية:

(١) الحكم عند الفقهاء يطلق على أحد أنواع ثلاثة: الأول الوصف الشرعى للشىء من جهة كونه واجبًا أو مندوبًا أو محرمًا أو مكروهًا أو مباحًا. والنوع الثانى: هو الوصف الشرعى للشىء من جهة كونه باطلاً أو فاسدًا أو موقوفًا أو نافذًا أو لازمًا. والنوع الثالث: هو الأثر المترتب على أحد الأوصاف المذكورة فى النوع الثانى وذلك كأن يقال حكم الزواج اللازم هو حل الاستمتاع لكل من الزوجين بالآخر وثبوت حرمة المصاهرة وثبوت المهر وثبوت النسب ووجوب النفقة وثبوت حق التوارث بين الزوجين وغير ذلك وهو المراد بكلمة حكم هنا.

أولاً: يوجب الزواج اللازم للزوجة على الزوج ما يأتى:

١- المهر.

٢- النفقة بجميع أنواعها.

٣- العدل بينها وبين غيرها من الزوجات إذا كان متزوجًا أكثر من واحدة.

ثانيًا: يوجب على الزوجة ما يأتى:

١- الطاعة.

٢- القرار فى البيت الشرعى الذى يهيئه لها بشروط.

٣- ولاية تأديبها بالمعروف شرعًا.

ثالثًا: ويوجب على كل من الزوجين للآخر ما يأتى:

١- حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر على الوجه المشروع ما لم يمنع من الاستمتاع مانع شرعى.

٢- حسن المعاشرة بينهما.

٣- حرمة المصاهرة.

٤- التوارث ما لم يمنع مانع شرعى من ذلك.

٥- ثبوت نسب الأولاد إليهما.

ثانيًا - الزواج النافذ غير اللازم (الجائز) وحكمه

الزواج النافذ غير اللازم هو الذى استوفى أركانه وشروط انعقاده وصحته ونفاذه، ولكنه فقد شرطًا من شروط اللازم وحكم هذا النوع من الزواج هو بعينه حكم الزواج اللازم ولا فرق بينهما إلا من جهة أن الزواج اللازم لا يملك أحد حق فسخه أو الاعتراض عليه، بينما الزواج غير اللازم قد ثبت فيه حق فسخه أو الاعتراض عليه ممن يملك ذلك.

ثالثًا – الزواج الموقوف غير النافذ وحكمه

الزواج الموقوف هو الذى استوفى أركانه وشروط انعقاده وصحته ولكنه فقد شرطًا من الشروط المعتبرة فى النفاذ وهذا النوع من الزواج مع كونه صحيحًا لا يترتب عليه أى أثر من آثار الزواج قبل إجازته ممن له حق الإجازة فإن أجازه من له حق الإجازة أصبح نافذًا وترتبت عليه أحكام الزواج النافذ المتقدمة ولو حصل دخول قبل الإجازة كان معصية ولكن تترتب عليه الآثار التى ترتبت على الدخول فى الزواج الفاسد وسيأتى بيانها وإن لم يجزه من له حق الإجازة يصير باطلاً.

رابعًا – الزواج الفاسد وحكمه

الزواج الفاسد هو الذى استوفى أركانه وشروط انعقاده ولكنه اختل فيه شرط من شروط الصحة كالزواج بغير شهود والزواج المؤقت والجمع بين المرأة وعمتها وهذا الزواج الفاسد لا يترتب على العقد ذاته قبل الدخول الحقيقى أى أثر من آثار الزواج الحقيقى فلا مهر ولا نفقة ولا استمتاع كل منهما بالآخر ويجب عليهما الافتراق، فإن تفرقا من تلقاء أنفسهما انتهى الأمر وإلا رفع الأمر إلى القضاء للحكم بالتفرقة بينهما دفعًا للمعصية[١].

أما إذا دخل الرجل بالمرأة فى هذا الزواج الفاسد كان ذلك معصية ووجب التفريق بينهما ولكن يترتب على الدخول ما يأتى:

١- وجوب مهر المثل بالغًا ما بلغ إن لم يكن المهر مسمى فى العقد، أما إذا كان المهر مسمى فى العقد وجب الأقل من المسمى ومهر المثل[٢]. وإنما وجب المهر بالدخول فى الزواج الفاسد لأن الدخول الحقيقى بالمرأة لا يخلو من حد أو مهر وإذا سقط الحد لشبهة العقد وجب المهر.

٢- ثبوت نسب الأولاد الذين تحمل بهم المرأة من هذا الدخول إحياء للأولاد وعدم ضياعهم.

---

(١) وهذا من الأمور التى ترفع فيها الدعوى حسبة أى لوجه الله تعالى وابتغاء مرضاته من غير أن يكون لرافع الدعوى مصلحة شخصية تترتب على رفعها لأنه من باب إزالة المنكر.

(٢) وهذا عند أبى حنيفة وصاحبيه وقال زفر: يجب فى هذه الحالة مهر المثل بالغًا ما يبلغ وذلك لفساد التسمية بفساد العقد فيرجع إلى مهر المثل.

٣- وجوب العدة[١] على المرأة ووقتها من وقت المتاركة إن تفرقا باختيارهما، وإلا من وقت تفريق القاضى بينهما صيانة للأنساب.

٤- ثبوت حرمة المصاهرة بينهما.

وما عدا ذلك من آثار الزواج اللازم لا يثبت منها شىء بالدخول فى الزواج الفاسد، فلا تجب نفقة ولا طاعة ولا توارث ولا غيرها سوى ما ذكر.

خامسًا - الزواج الباطل وحكمه

الزواج الباطل هو الذى حصل خلل فى ركن من أركانه أو اختل فيه شرط من شروط انعقاده.

وحكمه أنه لا يترتب عليه أثر ما بل يعتبر وجوده كعدمه ويجب على كل من الزوجين المفارقة فى الحال وإلا كان التفريق بأمر القضاء ولا يجوز الدخول بالمرأة المعقود عليها عقدًا باطلاً فإذا حصل دخول كان الدخول بمنزلة الزنا ووجب الحد عند الأئمة الثلاثة وأبى يوسف ومحمد.

وقال أبو حنيفة يسقط الحد لشبهة العقد لقوله عليه الصلاة والسلام: «ادرءوا الحدود بالشبهات» ومتى سقط الحد وجب مهر المثل بالغًا ما بلغ والرأى الأول هو المختار[٢].

ولا يثبت بهذا الدخول عدة ولا نسب ولا توارث ولا نفقة ولا أى حق من حقوق الزوجية وواجباتها، أما حرمة المصاهرة فإنها لا تثبت أيضًا بهذا الدخول عند الأئمة الثلاثة، أما الحنفية فإنهم يثبتون حرمة المصاهرة بهذا الدخول لأنهم يرون أن الزنا تثبت به حرمة المصاهرة.

* * *

(١) العدة هنا عدة طلاق ولو فى حالة وفاة الزوج لأن عدة الوفاة إنما تكون فى الزواج الصحيح دون غيره.

(٢) فتح القدير جـ٤ ص ١٤٧ وما بعدها، حاشية ابن عابدين جـ٣ ص ٣٥٩، ٦٢٣، جـ٣ ص ١٥٨.

الفصل الرابع
المحرمات من النساء

قدمنا أن محل عقد الزواج هو المرأة، وأن من شروطه ألا تكون المرأة محرمة تحريمًا قطعيًا أو ظنيًا فكان فى هذا إشارة إلى أن من النساء محللات ومحرمات.

والأصل فى النساء الحل لهذا العقد، بمعنى أن المرأة من حيث هى امرأة محل للزواج، غير أنها قد تحرم بالنسبة لشخص معين لوجود أمر يمنع من زواجها منه، بينما تحل لغيره، وهذا الأمر قد يكون لازمًا لها لا يفارقها فتكون محرمة عليه تحريمًا مؤبدًا كأمه مثلا، فإن الأمومة وصف لازم إذا ثبت لا يزول. وقد يكون هذا الأمر غير لازم يزول فى وقت من الأوقات لأنه وصف طارئ فتكون محرمة عليه تحريمًا مؤقتًا كزوجة الغير فإن زوجيتها تنتهى فى وقت ما فتحل. والمحرمات على وجه العموم محصورات فى عدد معين وما عداهن محللات ولذلك عد القرآن المحرمات لقلتها وأتبع ذلك بقوله تعالى: ﴿**وأحل لكم ما وراء ذلكم**﴾.

المبحث الأول
المحرمات تحريمًا مؤبدًا

أسباب تأبيد حرمة الزواج ثلاثة:

١- القرابة فى النسب: وهى الصلة الناشئة من قرابة الولادة ويعبر عن صاحبها بذى الرحم المحرم.

٢- المصاهرة: وهى الصلة الناشئة من قرابة الزواج.

٣- الرضاع: وهو الصلة الناشئة من إرضاع المرأة غير ولدها.

أولاً - المحرمات بسبب القرابة أو النسب:

المحرمات بسبب النسب (القرابة) أربعة أصناف[١]:

١- أصول الشخص وإن علَوْن وهن: الأم وأم الأم وإن علت، وأم الأب وأم الجد وإن علت لقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾ فتحريم الأم بهذه الآية واضح، وأما تحريم الجدات فواضح أيضًا إذا قلنا أن لفظ الأم يطلق على الأصل فيشمل الجدات فيكون تحريمهن ثابتًا بالآية كتحريم الأمهات أو تكون حرمة الجدات بدلالة النص لأن الله حرم العمات والخالات وهن أولاد الجدات فتكون حرمة الجدات من باب أولى.

٢- فروع الشخص مهما نزلن وهن: البنت وفروعها وبنت الابن وإن نزل وما تناسل منها لقوله تعالى: ﴿.. وبناتكم﴾ وتحريم البنات الصلبيات بنص الآية، وأما دلالته على تحريم فروع البنت وبنت الابن وإن نزل وما تناسل منها فواضح أيضًا إذا قلنا أن لفظ البنت يطلق فى اللغة على الفرع مطلقًا فتدخل بنات الأولاد ذكورًا وإناثًا مهما بعدت درجتهن تحت قوله تعالى: ﴿وبناتكم﴾.

وأيضًا ثابت تحريم فروع البنت وبنت الابن وإن نزل وما تناسل منها بالإجماع وبدلالة النص لأن الله حرم بنات الأخ وبنات الأخت ولاشك فى أن فروع البنات وبنات الأولاد وإن نزلن أقوى قرابة من بنات الأخ وبنات الأخت فيكون تحريمهن من باب أولى.

٣- فروع الأبوين أو أحدهما مهما نزلت درجتهن وهن: الأخوات سواء كن شقيقات أو لأب أو لأم وبنات الأخوة والأخوات كذلك وبنات أبناء الأخوة والأخوات لقوله تعالى: ﴿.. وأخواتكم﴾ يدل على تحريم الأخت مطلقًا وقوله: ﴿.. وبنات الأخ وبنات الأخت﴾ يدل على تحريم بنات الأخوة والأخوات، أما بنات أولاد الأخوة والأخوات فقد ثبت تحريمهن بالإجماع.

٤- فروع الأجداد والجدات إذا انفصلن بدرجة واحدة وهن: العمات والخالات سواء أكن شقيقات أم لأب أم لأم وكذلك عمات الأصل وخالاته لقوله تعالى: ﴿.. وعماتكم

---

(١) جمعت المحرمات بسبب القرابة فى الآية ٢٣ من سورة النساء يقول الله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالاتُكُمْ وَبَنَاتُ الأَخِ وَبَنَاتُ الأُخْتِ﴾.

وخالاتكم﴾ أما بنات الأعمام والأخوال وبنات العمات والخالات وفروعهن فيجوز التزوج بهن لعدم ذكرهن فى المحرمات ولقوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِنَّا أَحْلَلْنَا لَكَ أَزْوَاجَكَ اللاَّتِي آتَيْتَ أُجُورَهُنَّ وَمَا مَلَكَتْ يَمِينُكَ مِمَّا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَيْكَ وَبَنَاتِ عَمِّكَ وَبَنَاتِ عَمَّاتِكَ وَبَنَاتِ خَالِكَ وَبَنَاتِ خَالاتِكَ اللاَّتِي هَاجَرْنَ مَعَكَ ﴾[١] وما أحله للرسول يحل لأمته ما لم يقم دليل على أن الحل خاص بالرسول ﷺ.

هذه هى الأصناف الأربعة التى تحرم بسبب النسب والعقد على واحدة من هذه الأصناف يكون باطلاً لا يترتب عليه أى أثر من آثار الزواج الصحيح النافذ اللازم، لأن تحريم هذه الأصناف ثابت بالدليل القطعى ولا خلاف فيه لأحد من الفقهاء ويكاد العلم به يكون من الضروريات التى لا تخفى على عامة الناس.

حكمة تحريم الزواج بهذه الأصناف الأربعة:

١- لقد أمر الإسلام بصلة الرحم والحرص على الروابط التى تربط الأقرباء بعضهم ببعض، وحمايتها من الخصومات والمنازعات، ولو أبيح الزواج بهذه الأصناف الأربعة لتعرضت القرابة للعداوة والبغضاء وخاصة عند عدم التوافق بين الزوجين[٢].

٢- إن للقرابة حقوقًا لا تتفق مع حقوق الزوجية ويتضح لنا هذا إذا ما تصورنا شخصًا تزوج بأمه أو جدته يجب عليها طاعته وانقيادها وتبعيتها له وحق تأديبها بمقتضى الزوجية بينما توجب الأمومة كل ذلك عليه لا له[٣].

٣- لو كان الزواج مباحًا من هؤلاء المحرمات بالنسب لكان واجبًا على الرجل ألا يلتقى بواحدة منهن حتى لا يتولد الطمع فيهن وتصبح البيوت مسارح لتمثيل أدوار العشق

---

(١) سورة الأحزاب الآية ٥٠.

(٢) يقول الكاسانى فى البدائع جـ٢ ص ٢٦٧ إن نكاح هؤلاء يفضى إلى قطيعة الرحم لأن النكاح لا يخلو من مباسطات تجرى بين الزوجين عادة وبسببها تجرى الخشونة بينهما أحيانًا وذلك يفضى إلى قطع الرحم التى أمر الله بأن توصل فكان النكاح سببًا لقطع الرحم مفضيًا إليه والمفضى إلى الحرام حرام.

(٣) ويقول الكاسانى فى نفس الموضع السابق: وتختص الأمهات بمعنى آخر وهو أن احترام الأم وتعظيمها واجب، ولهذا أمر الولد بمصاحبة الوالدين بالمعروف وخفض الجناح لهما والقول الكريم ونهى عن التأفيف لهما، فلو جاز الزواج بالأم فتصبح تحت أمر الزوج وطاعته مستحقة عليها ولزمها ذلك وهذا ينافى الاحترام فيؤدى إلى التناقض.

والغرام. وإذا منعنا اجتماع الأب بابنته والابن بأمه والأخ بأخته والرجل بعمته وخالته وابنة أخيه لكان فى ذلك الحرج والضيق الشديد، ولذلك كان التحريم لينقطع الطمع ويكون الاجتماع والاختلاط فتصبح الصلة بين الأقربين بريئة نقية فتكون البيوت مباءة الطهر والعفة ومستقر الأمن والسعادة[١].

٤- أثبت العلم أخيراً أن الزواج بالقريبات يتوالد منه ذرية ضعيفة هزيلة وأن الزواج بالغريبة ينتج نسلاً قويًا، وإذا كان الزواج بالقريبات يؤدى إلى ضعف النسل، فقد كان مقتضى ذلك تحريم الزواج بهن مطلقًا. ولكن الله سبحانه لم يحرم الزواج بكل الأقارب وخص التحريم بالقرابة القوية حتى لا يقع الناس فى حرج وشدة إذا ما دعتهم إلى الزواج ببعض قريباتهم دواع معقولة وقد أدى تحريم الزواج بذات القرابة القوية إلى الزواج بالغريبة فى أحيان كثيرة، الأمر الذى يترتب عليه نجابة للذرية وقوة البدن[٢] كما يترتب عليه أيضًا توطيد العلاقات بين الأسر وتعاونها فى مواجهة أعباء الحياة.

٥- إن إباحة التزاوج من هؤلاء تثير التنازع بين الأخوة والأقارب بسبب التنافس على الزواج بهن وأى نزاع أقبح من أن يتنازع أخوان على التزوج بأختهما، أو يتنازع أب يريد التزوج بابنته مع ابنه الذى يرغب هو فى التزوج بها.

كما أن الفطرة السليمة تأبى أن يفترش الأب ابنته أو الابن أمه أو الأخ أخته.

وكيف يستسيغ ذلك الإنسان العاقل مع أن بعض الحيوانات لا تطلب أليفها إلا من غير بيتها.

ثانيًا - المحرمات بسبب المصاهرة:

وأما المحرمات بسبب المصاهرة فأربعة أصناف أيضًا:

١- زوجة الأصل وهو الأب والجد وإن علا سواء أكان الجد من جهة الأب أم كان من

---

(١) حجة الله البالغة للدهلوى جـ٢ ص ١٣١، أصول الشرائع لبنتام جـ١ ص ١٥٨.

(٢) وفى هذا المعنى يقول الرسول ﷺ: «اغتربوا لا تضووا» أى تزوجوا الغرائب حتى لا تضعف أولادكم.

جهة الأم وسواء دخل الأصل بها أم لم يدخل، فبمجرد العقد يثبت التحريم كما نص على ذلك العلماء لقوله تعالى: ﴿وَلا تَنكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُم مِّنَ النِّسَاءِ إِلاَّ مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلاً﴾(١) فتدل هذه الآية على تحريم زوجة الأب وزوجة الجد وإن علا لأن لفظ الأب يطلق على الجد وإن علا وقد أجمع العلماء المجتهدون على تحريم زوجات الأجداد مهما علوا فكان إجماعهم دليلاً ثابتًا على هذا الحكم.

٢- زوجة الفرع وهو الابن وابنه وابن البنت وإن نزلوا سواء دخل الفرع بزوجته أو لم يدخل لقوله تعالى: ﴿.. وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم﴾ والحلائل: جمع حليلة وهى الزوجة. وقيدت الآية أن يكون الأبناء من الأصلاب لإخراج الأبناء بالتبنى فلا تحرم زوجاتهم لأنهم ليسوا أبناءهم من الصلب وعلى هذا قصر الأئمة الأربعة فهمهم للآية(٢) ولم يخرجوا بها زوجة الابن الرضاعى بل هى محرمةَ زوجة الابن الصلبى(٣).

٣- أصل الزوجة وهى أمها وجدتها وإن علت سواء كانت الجدة من جهة الأم أو من جهة الأب وسواء حصل دخول بزوجته أو لم يدخل لقوله تعالى: ﴿.. وأمهات نسائكم﴾ من غير تقييد بالدخول ولقوله ﷺ: «أيما رجل تزوج امرأة فطلقها قبل أن يدخل بها، أو ماتت عنده فلا يحل له أن يتزوج أمها» ولذا قال الفقهاء «العقد على البنات يحرم الأمهات».

٤- فروع الزوجة وهن بناتها وبنات بناتها وبنات أبنائها وإن نزلن لأنهن من بناتها وذلك بشرط الدخول بالزوجة دخولاً حقيقيًا فإن لم يدخل فلا تحرم عليه فروعها ولذا قال الفقهاء: «الدخول بالأمهات يحرم البنات» ولقول الله تعالى: ﴿ وَرَبَائِبُكُمُ اللاَّتِي فِي حُجُورِكُم

(١) الآية ٢٢ من سورة النساء. والمحرم بهذا النص هو زوجة الأصل فقط أما بنتها أو أمها فلا تحرم على الابن فيجوز أن يتزوج الرجل المرأة ويتزوج ابنه بنتها أو أمها.

(٢) يرى بعض العلماء أن قيد الأصلاب لإخراج زوجة الابن الرضاعى أيضًا لأنه ليس من الأصلاب ويؤيد هذا الرأى ابن القيم (زاد المعاد جـ٤ ص ١٤).

(٣) والمحرم هو زوجة الفرع فقط أما أصول زوجة الفرع وفروعها فغير محرمات على الأصل فله أن يتزوج بأم زوجة فرعه أو بابنتها.

مِّن نِّسَائِكُمُ اللاَّتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ ﴾[١] والربائب جمع ربيبة، وهى بنت زوجة الرجل من غيره[٢] والآية ظاهرة الدلالة على تحريم بنت الزوجة المدخول بها، أما من عداها كبنات بناتها وبنات أبنائها فتحريمهن ثابت بالإجماع.

والربيبة حرام على زوج أمها المدخول بها سواء أكانت فى الحجر أم لم تكن وهى غالبًا ما تحظى بما تحظى به البنت الصلبية من عطف ورعاية ووصف الربيبة بأنها فى الحجر ليس للتقييد على رأى الجمهور من الفقهاء[٣] بل هو وصف كاشف لبيان قبح التزوج بها لأنها غالبًا تتربى فى حجره كابنه وابنته فلها ما لبنته من تحريم[٤].

بم تثبت حرمة المصاهرة؟

تثبت حرمة المصاهرة بالعقد الصحيح فى زوجة الأصل وأصل الزوجة وزوجة الفرع وبالدخول بعد العقد الصحيح فى فرع الزوجة.

كذلك يثبت أيضًا بالدخول بالمرأة بناء على عقد فاسد فلو تزوج رجل امرأة زواجًا فاسدًا ودخل بها ترتب على هذا الدخول حرمة المصاهرة فتحرم المرأة على أصول الرجل وفروعه ويحرم على الرجل أصول المرأة وفروعها.

ويثبت أيضًا بالدخول بناء على شبهة كما إذا عقد رجل على امرأة ولم يرها ثم زفت إليه أخرى على أنها زوجته فدخل بها بناء على ذلك ثم تبين أنها ليست زوجته التى عقد عليها فإنه يثبت بهذا الدخول حرمة المصاهرة.

---

(١) النساء: ٢٣.

(٢) وسميت بالربيبة لأن زوج الأم يربيها أى يقوم بأمرها ويرعى شئونها.

(٣) يرى الظاهرية أن الربيبة لا تحرم على زوج أمها إلا إذا كانت تقيم معه وأن يكون قد دخل بأمها فإذا كانت الربيبة لا تقيم معه أو لم يكن قد دخل بأمها فلا تحرم وذلك أخذًا بظاهر النص.

(٤) المغنى والشرح الكبير جـ٧ ص ٤٧١، المجموع شرح المهذب جـ١٦ ص ٢١٨ فتح القدير جـ٣ ص ٢١٠ زاد المعاد جـ٤ ص ٩.

ولكن يجب أن يلاحظ أن المحرمية لا تثبت إلا بطريق مباح من كل وجه وعلى ذلك فالدخول فى العقد الفاسد والدخول بناء على شبهة، لا يصير به الرجل محرمًا لمن حرمت عليه من أصول المرأة وفروعها فلا يباح له به النظر إليهن ولا الاختلاط بهن لأن الوطء ليس بمباح بإطلاق. حتى إنه لا يباح له النظر إلى المرأة التى كانت سببًا ولا مخالطتها فلا يباح له النظر إلى غيرها بطريق الأولى. وكذلك من جانب المرأة لا يباح لها النظر إلى أصول الرجل وفروعه ولا مخالطتهم.

ولأن المحرمية نعمة لا تنال إلا بطريق مباح من كل وجه لأنها إباحة[١].

حكم تحريم المرأة:

حكمة تحريم المحرمات بسبب المصاهرة:

ان رابطة المصاهرة كرابطة القرابة، فإذا تزوج شخص من قوم صار كأحد أفرادهم بعد أن كان أجنبيًا عنهم وتجددت فى نفسه عاطفة ومحبة لهم وأصبح يهمه من أمرهم ما يهمه لنفسه وصارت زوجة أصله وحليلة فرعه وأصل زوجته وفروعها كأمه وبنته فى الرعاية والاهتمام ولو أن الإسلام أباح زواجهن لأدى ذلك إلى قطيعة الرحم التى أمر الله بوصلها ووقوع العداوة والبغضاء بين الآباء والأبناء[٢].

وأما حكمة تحريم أصل الزوجة على زوج فرعها بمجرد العقد عليها فلأن من طباع البنت عدم إيثار أمها على نفسها[٣]. فإن عقد الزوج عليها ثم طلقها قبل الدخول، وتزوج بأمها

---

(١) البدائع جـ ٢ ص ٢٦٠، المغنى جـ ٦ ص ٥٧٧ حاشية الدسوقى جـ ٢ ص ٢٥٢ شرح المنهاج بحاشية القليوبى جـ ٣ ص ٢٤٣.

(٢) وقد عبر عن ذلك الحديث النبوى (المصاهرة لحمة كلحمة النسب) ويقول فى ذلك ولى الله الدهلوى فى كتابه حجة الله البالغة ص ٧٠٠ «لو جرت العادة بين الناس أن يكون للأم رغبة فى زوج بنتها، وللرجال فى حلائل الأبناء وبنات نسائهم وزوجات آبائهم، لأفضى إلى السعى فى فك ذلك الرباط أو قتل من يشحح به».

(٣) إذ البنت فى مستقبل شبابها تريد أن تحظى بالحياة الزوجية.

ثارت فى نفسها الغيرة وتولد فى قلبها الحقد على أمها التى سعدت على حساب شقائها. لذا كان تحريم أم الزوجة بمجرد العقد على بنتها حقًا لصلات المودة بينهما.

وأما كون فرع الزوجة لا تحرم على زوج أصلها إلا بالدخول الحقيقى فلأن عدم تحريمها لا يترتب عليه شىء من المفاسد وقد جرت العادة بأن تؤثر الأم ابنتها على نفسها، فإن طلقها الزوج قبل الدخول بها وفاتها أن تحظى به فقد سعدت به ابنتها، وهذا يطفىء غيرتها ويخفف من خسارتها لما جلبت عليه من عطف ومحبة لها.

هل تثبت حرمة القرابة أو المصاهرة بطريق الزنا؟

ذهب الحنفية إلى أن حرمة القرابة تثبت بالزنا فيحرم على الرجل أن يتزوج بنته من الزنا، أو بنت أخيه أو بنت ابنه بأن زنى أبوه أو أخوه أو أخته أو ابنه، فأولدوا بنتًا فإنها تحرم على الأخ، والعم، والخال، والجد[1].

كما ذهب الحنفية والحنابلة إلى أن حرمة المصاهرة بجميع أنواعها تثبت بالزنا فلو زنى رجل بامرأة حرمت هذه المرأة على أصول الرجل وفروعه وحرم على الرجل أصول المرأة وفروعها تحريمًا مؤبدًا لماروى أن رجلاً قال: يا رسول الله: إنى زنيت بامرأة فى الجاهلية أفأنكح ابنتها؟ قال: «لا أرى ذلك ولا يصح أن تنكح امرأة تطلع من ابنتها على ما تطلع عليه منها».

وأيضًا فالمخالطة بطريق الزنا سبب للولد فيثبت بها التحريم بالقياس على المخالطة التى لا تعتبر زنا.

وذهب الشافعية إلى عدم حرمة القرابة الثابتة بالزنا ما عدا ابن الزنا فإنه يحرم على أمه لأنها أمه حقيقة ويقول الله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾ ولذلك يحل للرجل أن يتزوج ابنته من الزنا لأن البنوة منتفية هنا، ولأن الأحكام الشرعية تبنى على البنوة الشرعية. قال ﷺ: «الولد للفراش وللعاهر الحجر» والمزنى بها ليست بفراش.

---

(١) فتح القدير جـ ٣ ص ١٢٦. البدائع جـ ٢ ص ٢٥٦، ويوافق الحنفية الجعفرية والحنابلة، والمالكية فى أحد أقوالهم فى تحريم البنت من الزنا، وابن الزنا على أمه، أما الابنة فلأنها بنته حقيقة ولغة ومخلوقة من مائه، وأما الأم فهى التى ولدته ولا شك فى ذلك.

ولذلك لا يحل له أن يختلى بابنته من الزنا ولا ولاية له عليها ولا نفقة لها عليه ولا توارث بينهما.

وعلى ذلك يصح الزواج من الأخت من الزنا وبنت الأخ وبنت الأخت وبنت الابن من الزنا كما ذهب الشافعية والمالكية فى القول المعتمد إلى أن الزنا لا تثبت به حرمة المصاهرة لما روى أن رسول الله ﷺ سئل عن رجل زنى بامرأة فأراد أن يتزوج أمها أو بنتها، فقال: «لا يحرم الحرام الحلال وإنما يحرم ما كان من نكاح».

ولأن حرمة المصاهرة نعمة لأنها تلحق الأجانب بالأقارب وفى الحديث: «المصاهرة لحمة كلحمة النسب» والزنا محظور شرعًا فلا يصلح أن يكون سببًا للنعمة لعدم الملاءمة بينهما.

ولأن الحكمة فى اثبات حرمة المصاهرة قطع الأطماع لتدوم الصلة بين الأصهار وليتمكنوا من الاجتماع فى غير ريبة، ولا شك أن الاتصال بالزواج مطلوب البقاء فيناسبه تقرير الحرمة، أما الاتصال بالزنا فمطلوب القطع فلا وجه مع هذا لاثبات الحرمة(١) والعمل فى المحاكم على مذهب الحنفية، ولكن الراجح هو مذهب الشافعية لأن حديث الحنفية مردود لأنه منقطع فلا يحتج به ولأن الله سبحانه وتعالى يقول: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ﴾ بعد ذكر المحرمات والمزنى بها وأصولها وفروعها لم يذكرن فى المحرمات فيدخلن فى عموم النص فيثبت لهن الحل.

وبالرغم من عدم سلامة دليل الحنفية على أن الزنا يوجب حرمة المصاهرة فقد قالوا بثبوتها أيضًا بمقدمات الزنا ودواعيه كالتقبيل والمس بشهوة، إقامة لسبب فى موضوع الاحتياط بل قالوا أيضًا: إذا لمس يد أم زوجته فى حال الشهوة ولو خطأ فإن زوجته تحرم عليه تحريمًا مؤبدًا(٢).

وأرى أن ذلك إفراط وغلو فى تلمس الأسباب الموجبة للتحريم والتضييق مما يظهر الشريعة بمظهر العسر والصعوبة مع أن الشريعة سمحة قد بنيت أحكامها على التوسعة ودفع الحرج والمشقة بين العباد(٣).

(١) ولذلك قال الشافعى فى مناظرته لمحمد بن الحسن من الحنفية: «أن الزواج أمرحمدت عليه، والزنا فعل رجمت عليه فكيف يشتبهان»؟ مختصر المزنى كتاب الأم جـ ص ٢٨٠.

(٢) فتح القدير جـ ٢ ص ٣٧٧، حاشية ابن عابدين جـ ٢ ص ٢٨٩.

(٣) الأحكام الشرعية للدكتور زكى الدين شعبان ص ١٥١ وما بعدها.

ثالثًا: المحرمات بسبب الرضاع:

المحرمات بسبب الرضاع هن الأصناف المحرمة بسبب النسب ولا خلاف فيها بين الفقهاء، والأصناف المحرمة بسبب المصاهرة وقد خالف فيها بعض الفقهاء وعلى ذلك فالمحرمات بسبب الرضاع ثمانية أصناف:

١ ـ أصول الشخص من الرضاع مهما علون، وهن أمه رضاعًا وأمها وإن علت، وأم أبيه[١] رضاعًا وأمها وإن علت.

٢ ـ فروعه من الرضاع مهما نزلن، وهن بنته رضاعا وبنتها وإن نزلت وبنت ابنها رضاعا وبنتها وإن نزلت.

٣ ـ فروع أبويه من الرضاع وهن أخواته رضاعًا وبناتهن وبنات اخوته رضاعًا وبناتهن وإن نزلن، يستوى فى ذلك من رضع معه أو قبله، أو بعده لأنه برضاعه صار أخا للجميع.

٤ ـ فروع جديه المباشرة من الرضاع وهن عماته وخالاته رضاعًا.

٥ ـ الأم الرضاعية للزوجة وأمها وان علت.

٦ ـ البنت الرضاعية للزوجة وبنتها وان نزلت وبنت ابنها الرضاعى وبنتها وان نزلت بشرط الدخول الحقيقى بالزوجة.

٧ ـ زوجة الأب الرضاعى وأبى الأب وإن علا.

٨ ـ زوجة الابن وابن البنت من الرضاع وإن نزلوا.

كيف تعرف قرابة الرضاع المحرمة؟

تعرف قرابات الرضاع المحرمة كلها بأن يفرض انتزاع الرضيع من أسرته النسبية ووضعه وفروعه فقط فى أسرته الرضاعية بوصفه ابنا رضاعيًا لمن أرضعته ولزوجها الذى در لبنها بسببه فكل صلة تتقرر له، أو لفروعه بهذا الوضع الجديد فهى التى تجعل أساسًا للتحريم أو التحليل بالرضاع.

---

(١) الأب رضاعًا هو زوج المرضعة الذى كان اللبن بسببه.

أما صلة الأسرة الرضاعية بأسرة الرضيع النسبية بسبب رضاعه فلا أثر لها فى تحريم ولا تحليل ولهذا لا يثبت لأقاربه النسبيين غير فروعه مثل ما يثبت له هو بهذا الرضاع[١].

الدليل على ثبوت التحريم بالرضاع:

ويدل على ثبوت التحريم بالرضاع فى هذه الأصناف الثمانية قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللاَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ﴾[٢] فإنه معطوف على قوله سبحانه: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾ والمعنى وحرم عليكم الزواج بأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة وهو يدل بعبارته الصريحة على تحريم صنفين من المحرمات بسبب الرضاع وهما الأمهات والأخوات. ويدل بطريق الإشارة على تحريم الأصناف الباقية لأن الله تعالى لما سمى المرضعة أمًا وأولادها أخوات الرضيع دل بذلك على أن الرضاع يصل الرضيع بمن أرضعته صلة الفرع بأصله وأنه يتكون بالرضاع جزئية يصبح بها الرضيع بعضها وبعض زوجها فيكون الرضيع ابنا لهما بمنزلة الابن من النسب. ويكون أولادها أو أولاد أحدهما أخوة وأخوات له ويكون إخوة من أرضعته وأخواتها أخوالاً وخالات له ويكون اخوة زوج المرضعة وأخواته أعمامًا وعمات من الرضاع.

وقد جاءت السنة مصرحة بما أشار إليه النص ومؤكدة له فقد جاء فى الحديث المتفق عليه من ابن عباس أن النبى ﷺ أريد منه الزواج بابنة عمه حمزة فقال: «إنها لا تحل لى: إنها ابنة أخى من الرضاعة»[٣]. ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب.

وروى أن عائشة رضى الله عنها كانت قد رضعت وهى صغيرة من امرأة أبى القعيس فجاء أخوه أفلح ـ بعد نزول آية الحجاب يستأذن عليها فلم تأذن له، وقالت: إنما ذكرت ذلك لرسول الله ﷺ قال: «إئذنى له فإنه عمك» فهذا الحديث يبين أن هذه الصلة تثبت بين الرضيع وزوج المرضع لأن زوجها لو لم يكن أبا للرضيع لم يكن أخوه عما له.

وإذا كانت المرضعة أما للرضيع مثل أمه من النسب كانت أم الزوجة رضاعًا مثل أمها نسبًا وبنت الزوجة رضاعًا مثل بنتها نسبًا فيحرم على الزوج أصول زوجته وفروعها الرضاعية كما يحرم ذلك من النسب.

---

(١) الزواج فى الشريعة الإسلامية للدكتور على حسب الله ص ٩٠ وما بعدها.

(٢) النساء: ٢٣.

(٣) فإنه ﷺ رضع من ثويبه أيامًا قبل أن تقدم حليمة وكانت ثويبة قد أرضعت قبله عمه حمزة (الطبقات لابن سعد جـ ١ ص ٨٩).

وإذا كان زوج المرضعة أبا للرضيع والرضيع ابنا له كانت زوجة الأب رضاعًا محرمة كزوجة الأب نسبًا. وزوجة الابن رضاعًا محرمة كزوجة الابن نسبًا، وبذلك يحرم من الرضاع ما يحرم بالمصاهرة كما يحرم به ما يحرم النسب.

وأيضًا فقد أجمع الفقهاء على أن الرضاع محرم فى الجملة[١].

وذهب الظاهرية والجعفرية وابن تيمية وتلميذه ابن القيم فذهبوا إلى أنه لا يحرم بالرضاع إلا ما يحرم بالنسب مؤيدين دعواهم بأن القرآن ذكر فى آية المحرمات ثلاثة أنواع وهن المحرمات بالنسب والمحرمات بالمصاهرة والمحرمات بالرضاع، واقتصر فى النوع الأخير على الأمهات والأخوات وهو إشارة إلى إلحاق الرضاع بالنسب حيث جعل المرضع أما وبنتها أختا وجاءت السنة للكتاب مصرحة بهذا الإلحاق «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» ولم تتعرض لإلحاقه بالمصاهرة حتى يحرم بالمصاهرة.

والسكوت فى موضع البيان بيان، وحيث لم يوجد دليل على تحريم تلك الأصناف بقيت على الحل الثابت بقوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ﴾ ولا يصح قياس المصاهرة من طريق الرضاع على المصاهرة من طريق النسب لأن المعنى الذى من أجله ثبتت المحرمية فى الثانى وهو الاختلاط الناشىء عن اندماج الأسرتين غير موجود فى الأول.

وقال ابن القيم: إن هذه مسألة اجتهادية اختلف فيها الفقهاء وكان من القائلين بعدم حرمة هذه المصاهرة عمر بن الخطاب وعلى ابن أبى طالب كذلك ذهب الصحابة والتابعون ونرجح هذا القول[٢].

وكذلك ذهب بعض الفقهاء ومنهم الشافعى فى أحد قوليه إلى عدم التحريم من جانب الرجل (زوج المرضعة) لأنه لا يرضع الصغير فلا صلة بينه وبين من رضع وليست هناك نصوص قاطعة بدخول قرابة الرجل فى التحريم بسبب الرضاع كما روى عن بعض الصحابة مثل ذلك[٣].

---

(١) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٥ المغنى جـ ٦ ص ٥٧١ وما بعدها.

(٢) فتاوى ابن تيمية جـ ٤ ص ١٤٩، المختصر النافع ص ١٩٩. المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ٥٧١ زاد المعاد لابن القيم جـ ٤ ص ١٠٠.

(٣) بداية المجتهد لابن رشد جـ ٢ ص ٦٧ نقلا عن المحيط.

الرضاع المحرم:

الرضاع فى اللغة هو تناول اللبن من الثدى سواء كان ثدى آدمية أو غيرها وسواء كان الماص صغيرًا أو كبيرًا. أما فى الاصطلاح فهو مص الرضيع اللبن من ثدى آدمية فى وقت مخصوص هو مدة الإرضاع[١].

مقدار الرضاع المحرم:

اختلف الفقهاء فى مقدار الرضاع المحرم: فيرى الحنفية والمالكية أن قليل الرضاع وكثيره سواء[٢] ودليلهم قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللاَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ﴾ وقوله ﷺ: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» فالنصان مطلقان لم يقيد أحدهما بعدد ولا مقدار، فمتى حصل الرضاع قليلاً كان أو كثيرًا تعلق به التحريم. وروى عن على بن أبى طالب وابن مسعود وابن عباس أنهم قالوا: «الرضاع قليله وكثيره سواء».

ولأن السبب فى التحريم بالرضاع أنه يجعل الرضيع كجزء من المرضعة بسبب دخول لبنها فى تكوينه وهذا يتحقق بالكثير والقليل.

ويرى داود الظاهرى: أن التحريم لا يثبت إلا بثلاث رضعات وبه قال أحمد بن حنبل فى رواية له ودليلهم ما روى أن رجلاً سأل النبى ﷺ أتحرم المصة؟ فقال: «لا تحرم الرضعة والرضعتان والمصة والمصتان» فدل هذا الحديث بمفهومه المخالف على أن ثلاث رضعات أو مصات تقتضى هذا التحريم.

وذهب الشافعية والحنابلة فى أرجح أقوالهم وابن حزم إلى أن التحريم لا يثبت بأقل من خمس رضعات مشبعات متفرقات ودليلهم ما روى مسلم عن عائشة ـ رضى الله عنها ـ أنها قالت: «كان فيما نزل من القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن، ثم نسخن بخمس رضعات معلومات فتوفى رسول الله ﷺ وهن فيما يقرأ من القرآن».

---

(١) وقد الحق جمهور الفقهاء بالمص ادخال اللبن إلى جوف الطفل بأى وسيلة كاعطائه له بواسطة اناء أو أنبوبة من طريق الفم أو فتحة طبيعية لأنه بذلك يصل إلى جوفه وتتحقق، التغذية.

(٢) وهذا هو مذهب طائفة كبيرة من الصحابة والتابعين ورواية عن أحمد بن حنبل.

فهذا الحديث وإن كان فيه اضطراب يضعفه ويسقط الاستدلال به إلا أن آية المحرمات نزلت والعرب يسترضعون أولادهم بإرسالهم للإقامة مع المرضعات فى أحيائهن، فيندمج الرضيع فيهم ويخالطهم وتنعقد الصلة بينهم فيشعر الرضيع بأنه منهم وليس للرضعة أو الرضعتين أو الثلاث هذا الأثر.

وأيضًا فإن علة التحريم بالرضاع هى كون الرضاع منبتًا للحم وهذا لا يكون بما دون خمس رضعات مشبعات متفرقات معلومات بيقين.

وقد اختار ابن القيم هذا الرأى لأن فيه سعة للناس وتيسيراً لهم.

والمحاكم فى مصر تأخذ بهذا الرأى. وإن كنت أرى أن نرجع إلى أهل الخبرة والمعرفة وهم الأطباء الأخصائيون عندنا لنعرف متى يكون الرضاع منبتًا للحم ومقويًا للعظم وعلى أساس تحديدهم يكون التحريم.

ويرى الجعفرية أن التحريم لا يثبت إلا بخمس عشرة رضعة كاملة لا يفصل بينها رضعة امرأة أخرى أو يرضع الطفل يومًا وليلة، متصلين[١].

وقت الرضاع المحرم:

اختلف الفقهاء فى المدة التى يترتب على الإرضاع فيها التحريم فذهب الصاحبان والمالكية والشافعية والحنابلة والجعفرية إلى أن الرضاع المحرم للزواج هو ما كان فى السنتين الأولين من حياة الرضيع لقوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾[٢] وليس وراء التمام شيء وقوله تعالى: ﴿وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ﴾ فهو دليل على أن الفصال وهو الفطام يكون فى عامين فتكون أكثر مدة للرضاع المحرم هى عامان. ويقول ﷺ: «لا رضاع إلا ما كان فى الحولين».

وأما أبو حنيفة فيرى أن مدة الرضاع المحرم ثلاثون شهراً وليس له وجه صحيح لمخالفته لما أجمع عليه المفسرون. وذهب زفر إلى أن مدته ثلاثة سنوات ورأيه قائم على الدليل العقلى ولا معقول فى مقابلة النص. وقيل: ليس للرضاع المحرم مدة معينة فيتعلق برضاع

(١) المختصر النافع ص ١٩٩، فقه الإمام جعفر جـ ٥ ص ٢٢٥.
(٢) البقرة: ٢٣٣.

الكبير وهذا القول غير صحيح. وعلى ذلك فالرأى الراجح هو رأى جمهور الفقهاء القائل بأن المدة التى يثبت بها التحريم بالرضاع سنتان نظراً لقوة الأدلة التى استدلوا بها وسلامتها.

شروط التحريم بالرضاع:

١ ـ أن يكون اللبن لبن امرأة لأنها هى التى تثبت أمومتها للرضيع أما إذا كان اللبن ليس لبن امرأة فلا يترتب عليه التحريم «إذ لا حرمة للبن غير لبن المرأة».

٢ ـ أن يتحقق من وصول اللبن إلى معدة الرضيع سواء أكان ذلك بطريق الامتصاص من الثدى أم بشربه من إناء أو أمبوبة.

فإن لم يتحقق من ذلك بأن التقم الصبى الثدى ولم يعلم أرضع أم لا؟ فلا يثبت التحريم وذلك للشك فى وجود سببه وهو الرضاع والأحكام لا تثبت بالشك.

٣ ـ أن يكون وصول اللبن إلى المعدة بطريق الفم والأنف لأنهما الفتحتان المتصلتان بالمرىء الموصل إلى المعدة، أما إذا أقطر اللبن فى الأذن أو فى العين أو فى جرح من الجسم أو حقن به الطفل فلا يترتب عليه التحريم لأن هذه الطرق لا توصل اللبن إلى المعدة فلا يتغذى به الجسم ولا ينبت بهذا اللبن لحم ولا ينشز به عظم والتغذى والإنبات والإنشاز مناط التحريم.

٤ ـ ألا يخلط اللبن بغيره أما إذا خلط بغيره، فإن خلط بسائل آخر كالماء أو الدواء فإن كان اللبن هو الغالب أو مساوياً للسائل المخلوط يثبت به التحريم لبقاء صفة اللبن، وإن كان اللبن غير غالب لا يتعلق به التحريم لزوال صفته. أما إذا خلط بلبن امرأة أخرى فيثبت التحريم من المرأتين جميعاً على القول الراجح. وذهب ابن حزم فى كتابه المحلى إلى قصر التحريم بالرضاع على مص الرضيع من ثدى المرضع، أما إذا كان وصول اللبن إلى الجوف بغير هذا الطريق فلا حرمة.

٥ ـ أن يكون فى مدة السنتين الأوليين على الرأى المختار. ولا أثر للفطام فى حل أو حرمة، فإذا حصل الرضاع بعد حولين ـ ولو قبل الفطام ـ فلا تثبت به حرمة، وإذا حصل الرضاع فى أثناء الحولين ـ ولو بعد الفطام ـ ثبت التحريم. وإذا استغنى المولود بالغذاء قبل نهاية الحولين استغناء بينا وفطم ثم أرضعته امرأة فقال مالك لا تثبت الحرمة بذلك الرضاع

كما استحسن مالك التحريم فى الزيادة اليسيرة على الحولين، وقدرت بشهرين ما دام الطفل غذاؤه اللبن.

٦ ـ أن يكون الرضاع خمسًا بناء على الرأى الذى تأخذ به المحاكم ويجرى عليه العمل.

ما يثبت به الرضاع:

إذا كان الرضاع معروفًا بين الناس فالتحريم به ثابت لا يحتاج إلى دليل يثبته أما إذا لم يكن معروفًا فيثبت الرضاع بالإقرار أو البينة:

فأما الإقرار فهو اعتراف الزوجين أو أحدهما بوجود الرضاع المحرم بينهما فإذا أقر الزوجان بالرضاع صدقا فى إقرارهما، فإن كان الإقرار قبل عقد الزواج فلا يحل لهما الإقدام على الزواج فإن تزوجا كان العقد فاسدًا ويترتب عليه ما يترتب على الزواج الفاسد. وإن كان الإقرار بعد الزواج وجب عليهما الافتراق فإن لم يفترقا اختياراً وجب على القاضى أن يفرق بينهما لأنه بالإقرار تبين أن العقد فاسد فيأخذ حكمه وتترتب عليه آثار العقد الفاسد.

وإن كان الإقرار من جانب الرجل وكذبته المرأة وكان الإقرار قبل عقد الزواج فلا يحل له أن يتزوجها لأنه معترف بما يوجب تحريم المرأة عليه، وإن كان بعد الزواج وجب عليه مفارقة المرأة اختياراً وإلا أجبر بأمر القاضى فإن كان التفريق قبل الدخول كان للزوجة نصف المهر وإن كان بعد الدخول وجب لها المسمى جمعيه ولها النفقة والسكنى فى العدة[1].

وذلك لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر لا يتعداه إلى غيره إلا إذا صدقه ذلك الغير أو قامت البينة على صحة الإقرار فيعامل المقر بإقراره فى نفسه فقط ولا يسرى ذلك على المرأة بإبطال حقها فى المهر والنفقة والسكنى مدة العدة.

وإن كان الإقرار من جانب المرأة وحدها وكذبها الرجل، وكان الإقرار قبل العقد فلا يحل لهذه المرأة أن تتزوج بهذا الرجل أما هو فيحل له أن يتزوجها إذا وقع فى قلبه كذبها

(١) حكم محكمة شربين فى ٢/ ١٠/١٩٢٦ مجلة القضاء الشرعى س ٤ عدد ٤، ٥ ص ٢٢٨.

على القول المفتى به. وإن كان الإقرار بعد الزواج فهى حلال لزوجها لكونها متهمة فى هذا الإقرار لاحتمال أنها تريد التخلص من هذا الزوج فلا يعوّل على قولها.

وفى جميع الحالات التى يثبت فيها الرضاع بالإقرار لابد من إصرار المقر على إقراره بأن يشهد عليه أو يقول هو حق أو صدق أو لا شك فيه عندى فإذا أصر على إقراره فلا يقبل منه الرجوع عن الإقرار بعد ذلك لوجود التناقض الظاهر بين إقراره ورجوعه. أما إذا كان المقر لم يشهد على إقراره ولم يؤكده بما يفيد الجزم والعلم كان له أن يرجع عن إقراره سواء كان الرجوع قبل الزواج أو بعده[١].

وأما البينة فهى شهادة رجلين عدلين أو رجل وامرأتين عدول عند الحنفية والجعفرية، ولا يثبت بشهادة النساء وحدهن لأنه ليس من المواضع التى لا يطلع عليها إلا النساء فإن الرجال المحارم يشاهدونه ويطلعون عليه: ومذهب الشافعية أنه يكفى أربع من النساء عند الأنفراد لأنه من الأمور التى لا يطلع عليها الرجال[٢]، ويذهب المالكية إلى قبول شهادة امرأتين أو رجل وامرأة، بل قبل بعض المالكية شهادة امرأة واحدة إن فشا ذلك الرضاع قبل الشهادة[٣].

ومع ذلك فقد اتفق الفقهاء على أنه إذا شهد بالرضاع من لا تقبل شهادته فإنه ينبغى للرجل أن يفارق المرأة إن كان قد عقد عليها وألا يقدم على زواجها إن لم يكن قد عقد عليها احتياطا[٤].

هذا والرضاع مما تقبل فيه الشهادة حسبة فلا تتوقف على الدعوى لأنه يتضمن الحرمة[٥].

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٤ ص ١٤ فتح القدير جـ ٣ ص ٣٠ حاشية ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٣.
(٢) المنهاج شرح المحلى جـ ٤ ص ٣٢٥، النهاية شرح من الغاية والتقريب جـ ٣ ص ١٤١.
(٣) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٢ ص ٥٠٧.
(٤) ومتى ثبت الرضاع بين الزوجين وجب عليهما أن يفترقا من تلقاء أنفسهما وإلا فرق القاضى بينهما حيث تبين أن عقد الزواج فاسد.
(٥) حاشية ابن عابدين جـ ٢ ص ٤٢٤.

حكمة التحريم بسبب الرضاع:

مما لا شك فيه أن الرضاع ينشئ رابطة بين المرضعة ومن أرضعته لأنها تغذيه بجزء من جسمها فتشترك أجزاؤها فى تكوينه ويكون جزءاً منها، وأن الحس والعقل يثبتان ذلك، فإن لبنها من دمها وهو الذى ينبت لحم الطفل وينشز عظمه فى الحولين، وإذا كان جسمها مصابًا بمرض سرت عدواه إلى الطفل وإن كانت موفورة الصحة قوية الجسم استفاد الرضيع منها قوة ونماء، كما أنه يرث طباعها وأخلاقها. فإذا كان الطفل جزءاً منها صارت كأمه النسبية، وهو كابنها النسبى، وأولادها عادة اخوة له، وإذا كانت الأم النسبية وبعض من يتصل بها محرمات عليه مؤبداً، كانت الأم الرضاعية مثلها فى التحريم لها ما للأم النسبية من الإجلال والتقدير وبذلك يكون الطفل فرداً من أفراد الأسرة التى رضع منها، فتثبت الحرمة بينه وبين أمه وأبيه رضاعًا، وما اتصل بهما من أصول وفروع وأصهار كما هو الحال بالنسبة للأب والأم نسبًا[1].

المبحث الثانى
المحرمات تحريمًا مؤقتًا

التحريم المؤقت ما كان سببه أمرًا يحتمل الزوال فيبقى التحريم ما بقى السبب قائمًا ويزول إذا زال السبب، والمحرمات على التأقيت هن:

١ ـ من تعلق بها حق الغير.

٢ ـ المطلقة ثلاثًا بالنسبة لمن طلقها.

٣ ـ من لا تدين بدين سماوى.

٤ ـ كل من كانت محرمًا للزوجة ما دامت الزوجية باقية.

٥ ـ من زادت على أربع.

٦ ـ الزوجة الملاعنة.

---

(١) الأحوال الشخصية للدكتور أحمد الغندور ص ١٢٢.

أولاً: من تعلق بها حق الغير:

يحرم على المسلم أن يتزوج ممن تعلق حق الغير بها بزواج أو عدة من طلاق أو وفاة أو دخول فى زواج فاسد أو دخول بشبهة. وسواء أكان الطلاق رجعيًا أم بائنًا وسواء أكان بينونة صغرى أم بائنًا بينونة كبرى لتعلق حق الزوج بها إذا كانت متزوجة أو معتدة من طلاق رجعى ولبقاء بعض آثار النكاح فى المطلقة بائنًا وفى المتوفى عنها زوجها ولتعرف براءة الرحم فى المدخول بها بشبهة أو فى زواج فاسد. لقوله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ﴾ أى المتزوجات منهن عطفًا على قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾ فيحرم الزواج بزوجة الغير سواء أكان زوجها مسلمًا أم غير مسلم إلا المسبيات من زوجات المحاربين فى حرب مشروعة فإذا وقع السبى عليهن وحدهن من غير أزواجهن وقعت الفرقة بينهن وبين أزواجهن بسبب اختلاف الدار فيجعل الزواج بهن بعد استبراء بحيضة إذا كانت غير حامل أو وضع الحمل ان كانت حاملا لقوله ﷺ فى سبايا أو طاس: «ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن ولا الحيالى» مفردها حائل وهى كل أنثى غير حامل، حتى يستبرئن بحيضه، ولأن القرآن استثنى من المحصنات ما ملكت الأيمان قال تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلاَّ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ﴾. وقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ﴾، وقوله تعالى: ﴿وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن﴾ وقوله تعالى: ﴿وَلا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ ﴾ أى لا تبرموا عقد الزواج إلا إذا انتهت العدة المفروضة المكتوبة.

وإذا تزوج شخص معتدة غيره[1] كان الزواج فاسدًا فإن دخل بها قبل انتهاء العدة فقد اختلف الفقهاء فى الآثارة المترتبة على هذا الدخول فذهب مالك والليث والأوزاعى والجعفرية إلى وجوب التفريق بينهما ولا يحل له زواجها أبدًا، وذهب الحنفية والشافعية إلى وجوب التفريق بينهما وحلها له بعقد جديد بعد انقضاء عدتها إن أراد زواجها.

ويلحق بالمعتدة من زواج صحيح المعتدة من دخول بعقد فاسد أو مخالطة بشبهة لأن الولد من كل منهما محترم لثبوت نسبه من أبيه والحكمة فى تحريم زوجة الغير ومعتدته أن

(١) ليس هناك مانع من تزوج الرجل بمعتدته اثناء العدة لانتفاء سبب التحريم، سواء كان الطلاق رجعيًا أن بائنًا بينونة صغرى.

فى التزوج بهاتين اعتداء على الزوج، وهذا ظاهر فى حال قيام الزوجية، وفى العدة لاتزال آثار الزواج باقية، وقد يؤدى إلى اختلاط الأنساب فى بعض الصور.

زواج المزنى بها:

اتفق الفقهاء على أن المرأة الزانية يجوز لمن زنى بها أن يتزوجها ويجوز الدخول عليها فى الحال[١] سواء أكانت حاملاً أم غيرحامل لعدم وجود الدليل على تحريمها عليه[٢] وإن كان العاقد عليها غير الزانى وكانت غير حامل جاز العقد عليها والدخول بها فى الحال عند أبى حنيفة والشافعى ولا عدة عليها[٣]. وقال مالك وأحمد لا يجوز العقد عليها إلا بعد أن تعتد لأنها قبل العدة يحتمل أن تكون حاملاً فيكون نكاحها باطلا فلم يصح[٤] كالموطوءة بشبهة.

وإن كانت حاملاً صح العقد وحرم عليه قربانها حتى تضع حملها. وهذا رأى أبى حنيفة ومحمد والشافعى لقوله ﷺ: «لا يحل لامرىء يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقى ماؤه زرع غيره» وقال مالك وأحمد فى رواية عنه وأبو يوسف وزفر: أنه لا يصح العقد على الزانية الحامل احترامًا للحمل إذا لا جناية منه ولأنه باتفاق الفقهاء لا يحل الدخول بها فإذا منع الدخول منع العقد ولا يحل الزواج حتى تضع الحمل. ويلاحظ أن هذا الخلاف خلاف لفظى لأن النتيجة واحدة وهى حرمة الدخول.

وإذا تزوج رجل امرأة وثبت أنها كانت حاملاً وقت العقد بأن أتت بالولد لأقل من ستة

---

(١) وهناك قول الإمام مالك: أنه لا يجوز أن يتزوجها حتى يستبرئها من مائه الفاسد، حفاظًا على حرمة النكاح من اختلاط الماء الحلال بالحرام.

(٢) فإن جاءت بولد بعد مضى ستة أشهر من وقت العقد عليها ثبت نسبه منه وإن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت العقد لا يثبت نسبه منه إلا إذا اعترف به ولم يصرح بأنه من الزنا وذلك سترًا على الاعراض.

(٣) يرى محمد من الحنفية والجعفرية أنه يصح العقد على المزنى بها ويكره الدخول بها حتى يستبرئها بحيضه لاحتمال أن تكون قد حملت من الزانى، ويرى زفر أنه لا يصح العقد عليها ما لم تحض ثلاث حيضات وقيل تكفى حيضة للاستبراء.

(٤) المغنى لابن قدامة جـ ٧ ص ٦٣.

أشهر فإن العقد يكون فاسداً لاحتمال أن يكون الحمل من غير زنا، اذ يحمل حال المؤمن على الصلاح[١].

ثانيًا: المطلقة ثلاثًا بالنسبة لمن طلقها:

يحرم على المسلم أن يتزوج امرأة طلقها ثلاث طلقات لأنه استنفذ ما يملكه من عدد طلقاتها وبانت منه بينونة كبرى، وصارت لا تحل له إلا إذا انقضت عدتها منه ثم تزوجها آخر زواجًا صحيحًا، ودخل بها حقيقة ثم فارقها هذا الآخر وانقضت عدتها منه لقوله تعالى: ﴿الطَّلاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ . . . ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِن طَلَّقَهَا فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يَتَرَاجَعَا إِن ظَنَّا أَن يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ﴾[٢].

وبينت السنة أن الزواج الثانى لا يحلها للأول إلا إذا دخل بها الزوج الثانى دخولاً حقيقيًا وكان الزواج الثانى مؤبدًا وأن تنتهى العدة بعد طلاقها من الثانى فقد جاء فى البخارى ومسلم عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت: «جاءت امرأة إلى رسول الله فقالت: انى كنت عند رفاعة فطلقنى فبت طلاقى، فتزوجنى عبد الرحمن بن الزبير وما معه إلا مثل هدبة الثوب فتبسم النبى وقال: أتريدين أن ترجعى إلى رفاعة؟ لا، حتى تذوقى عسيلته ويذوق عسيلتك». وهذا هو مذهب جمهور الفقهاء[٣] والحكمة من هذا التحريم هو حمل الزوج على عدم التسرع فى الطلاق ووضع حد لسوء العشرة بين هذين الزوجين الذى تأكد وتأيد بالطلاق الثالث ومن المصلحة أن تحرم هذه الزوجة تحريمًا مؤقتًا حتى تجرب حياة زوجية أخرى يكون فيه للمطلقة ولمطلقها شىء من التهذيب والتأديب يمكن أن تصلح بعده الحياة الزوجية بينهما من جديد.

---

(١) الأحوال الشخصية للدكتور أحمد الغندور هامش ١ ص ١٢٦.

(٢) الآيتان ٢٢٩، ٢٣٠ من سورة البقرة.

(٣) يذكر الفخر الرازى فى تفسيره أن سعيد بن المسيب، وسعيد بن جبير لم يشترطا الدخول فى هذا الزواج لزوال المانع، وهذه الرواية غير مقبولة نظرًا لوجود الأحاديث فى اشتراطه ولعلهما لم يصلهما الأحاديث التى اشترطت الدخول أو كان رأيًا ثم رجعا عنه كما قيل.

ثالثًا: من لا تدين بدين سماوى:

لا يجوز للمسلم التزوج بالمرأة الملحدة التى تنكر الأديان ولا تؤمن بوجود إله ولا من تؤمن بدين غير سماوى كالمجوسية التى تعبد النار والوثنية التى تعبد الأصنام والصابئة التى تعبد الكواكب والأجرام السماوية والهندوكية التى تعبد البقر والبوذية والبراهمية والبهائية والقاديانية لقوله تعالى: ﴿وَلا تَنكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ وَلأَمَةٌ مُّؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ﴾(١) ويدخل فى عبدة الأوثان الزنادقة وكل من اعتنق مذهبًا يكفر به معتقده لأن المشرك يتناولهم جميعًا.

ولا يجوز الزواج بالمرتدة عن دين الإسلام لأنها ليست بذات دين حيث أنها لا تقر على البقاء فى دينها الذى انتقلت إليه ولو كان انتقالها إلى النصرانية أو اليهودية ويجب التفريق بينها وبين زوجها.

أما الكتابية:

وهى التى تؤمن برسول وتقر بكتاب سماوى سواء أكانت يهودية أم نصرانية فيحل للمسلم التزوج منها على رأى الجمهور لقوله تعالى: ﴿الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّبَاتُ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَّكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَّهُمْ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِن قَبْلِكُمْ﴾(٢).

وذهب بعض العلماء إلى أنه لا يجوز للمسلم التزوج بالكتابة أن اعتقدت التثليث، أو أن عزيزًا ابن الله أو أن المسيح ابن الله، أما الجمهور فيرى أن لفظ المشرك إذا ذكر فى لسان الشارع لا ينصرف إلى أهل الكتاب وإنما يقصد به من يعبد غير الله لقوله تعالى: ﴿لَمْ يَكُنِ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ وَالْمُشْرِكِينَ مُنفَكِّينَ﴾(٣) والأصل فى العطف التغاير فيكون المشركون غير أهل الكتاب وذهب الجعفرية إلى عدم نكاح الكتابية إلا نكاح متعة.

ووجه الفرق بين المشركة والكتابية فى ذلك أن المشركة لا تلتقى مع المسلم فى شىء، ولا تتفق عقيدتها مع الإسلام فى قليل ولا فى كثير بينما الكتابية تلتقى معه فى أن لها دينًا

(١) سورة البقرة الاية ٢٢١.

(٢) سورة المائدة الآية ٥ والمراد من المحصنات فى هذه الآية العفيفات. وليست العفة شرطًا فى إباحة تزوج الكتابيات، وإنما ذكرن بهذه الصفة حضا للمسلمين على اختيار الأصلح منهن.

(٣) البينة: ١.

سماويًا وأصول الأديان السماوية واحدة، يقول الله تعالى: ﴿ شَرَعَ لَكُم مِّنَ الدِّينِ مَا وَصَّىٰ بِهِ نُوحًا وَالَّذِي أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ وَمَا وَصَّيْنَا بِهِ إِبْرَاهِيمَ وَمُوسَىٰ وَعِيسَىٰ أَنْ أَقِيمُوا الدِّينَ وَلا تَتَفَرَّقُوا فِيهِ﴾(١) وقد كان الإسلام خاتمة هذه الديانات، يقول الله تعالى: ﴿وَمَن يَبْتَغِ غَيْرَ الإِسْلامِ دِينًا فَلَن يُقْبَلَ مِنْهُ﴾(٢).

هذا وقد تزوج منهن بعض الصحابة كطلحة بن عبيد الله وكعب ابن مالك وحذيفة بن اليمان، والأفضل ألا يتزوج المسلم بالكتابية إلا إذا دعت المصلحة إلى الزواج بهن لما فى ذلك من اضرار اجتماعية تلحق الأمة الإسلامية.

ومما يؤسف له أن بعض شباب المسلمين الذى يسافرون إلى بلاد الغرب أعجبوا بنساء الأفرنج وتزوجوا بهن فأفسدن عليهم أمور دينهم ووطنهم ودفعن بهم إلى التمسك بعاداتهن التى تتنافى مع الإسلام ومبادئه.

ولقد أحسنت بعض الحكومات العربية صنعا حين حظرت على بعض موظفيها التزوج بالأجنبيات حتى لا تتعرض المصالح القومية والوطنية للخطر، ولا تتسرب أسرار البلاد إلى الغير(٣).

زواج المسلمة بغير المسلم:

لا يجوز للمسلمة أن تتزوج بغير المسلم سواء أكان كتابيًا أم غير كتابى فلو تزوجت بغير مسلم كان الزواج باطلاً ويجب التفرقة بينهما لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُمُ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ فَامْتَحِنُوهُنَّ اللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِهِنَّ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ﴾(٤) ولفظ الكفار عام يشمل من ليس بمسلم سواء أكان كتابيًا أم مشركًا.

وقد وردت الآثار الصحاح عن السلف الصالح أنهم كانوا يفرقون بين النصرانى وزوجته إذا أسلمت وأبى الإسلام من ذلك أن رجلاً من بنى تغلب أسلمت زوجته وأبى هو

(١) سورة الشورى، الآية: ١٣.

(٢) سورة آل عمران، الآية: ٨٥.

(٣) تمنع الحكومة المصرية موظفى السلك السياسى ورجال القوات المسلحة أن يتزوجوا بالأجنبيات إلا بإذن من الدولة.

(٤) سورة الممتحنة الاية ١٠.

أن يسلم ففرق عمر بينهما وروى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال: «إذا أسلمت النصرانية قبل زوجها فهى أملك لنفسها» وبهذا استفاضت الأخبار عن الصحابة وانعقد إجماعهم عليه[١].

والفرق بين زواج المسلم بالكتابية، وزواج الكتابى بالمسلمة حيث أبيح الأول ولم يبح الثانى أن الزوج المسلم ـ وهو راعى الأسرة ـ يأمره دينه برعاية زوجته الكتابية وبعدم التعرض لعقيدتها وعبادتها مع إيمانه بنبوة الأنبياء جميعًا ومنهم موسى وعيسى عليهما السلام، فلا يتوقع منه أن يسئ إلى نبيها أو يؤذيها فى شعورها وعقيدتها. وليس الحال كذلك فى الكتابى فإنه لا يؤمن بنبوة النبى محمد ولا يعتقد برسالته ولا يقر القرآن ومن ثم لا يتحرج من إيذائها لفتنتها فى دينها وربما دفعتها الرغبة فى إرضاء زوجها إلى الردة عن دين الإسلام وفى ذلك شر مستطير. ويلحق بهذا المرتد عن الإسلام اختيارًا بدون إكراه على تركه فإنه يفرق بينه وبين زوجته ولو كانت كتابية[٢] ولا يجوز له التزوج فى أثناء ردته بمرتدة مثله، ولا بمسلمة ولا بكافرة لأنه لا دين له، ولا يقر على الدين الذى اعتنقه وبردته صار حربًا على الإسلام والمسلمين فاستحق عقوبة القتل عند إبائه التوبة والعودة إلى الإسلام.

وقد أعدت وثيقة خاصة بزواج المسلم بالكتابية تبين أهم أحكام الزواج فى الشريعة الإسلامية باللغات العربية والإنجليزية والفرنسية، ويتولى موثق خاص عقد الزواج وشرح هذه الأحكام وبخاصة الزوجة الكتابية التى لا تكون على معرفة بهذه الأحكام.

رابعًا: الجمع بين محرمين:

يحرم على المسلم أن يتزوج بامرأتين محرمين. والمراد بالمحرمين: كل امرأتين بينهما

---

(١) البدائع جـ ٢ ص ٣٣٧، الجامع لأحكام القرآن للقرطبى جـ ١٨ ص ٦٧.

(٢) قال المالكية: أن الرجل إذا ارتد وتحته ذمية، أو تزوجها فى ردته فسخ الزواج، وان ارتد إلى مثل دينها، كما قالوا: يفسخ الزواج إذا ارتد أحد الزوجين أو ارتدا معا ويكون الفسخ بطلقة بائنة (مواهب الجليل جـ ٣ ص ٤٧٩ وما بعدها).

قرابة محرمة بحيث لو فرضت أيتهما ذكرًا حرمت عليه الأخرى[١] كما هو متحقق فى الأختين وفى المرأة وبنتها، وفى العمة وبنت الأخ، وفى الخالة وبنت الأخت. لقوله تعالى: ﴿... وأن تجمعوا بين الأختين﴾ فدل ذلك على تحريم الجمع بين الأختين بصريح النص كما دل على تحريم الجمع بين كل محرمين لدلالة النص من باب أولى لأن قرابة الولاد أقوى من قرابة الأخوة، والعمة والخالة بمنزلة الأم ويؤيد ذلك قوله ﷺ: «لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة أخيها ولا على ابنة أختها انكم ان فعلتم ذلك قطعتم أرحامهن».

ولا فرق بين أن يكونا محرمين بسبب النسب أو بسبب الرضاع[٢] وذلك لأن الجمع بين المحرمين يؤدى إلى قطعية الرحم والعداوة بين الضرائر لا تخفى.

وحرمة الجمع بين المحرمين ثابتة سواء أكانت المحرم الأولى زوجة أم كانت معتدة من طلاق رجعى وذلك باتفاق الفقهاء. أما إذا كانت معتدة من طلاق بائن بينونة صغرى أو كبرى، فيرى الحنفية أيضًا حرمة الجمع بين المحرمين. وذهب المالكية والشافعية والجعفرية والظاهرية إلى عدم الحرمة لانقطاع الزوجية بالطلاق البائن فلا يكون ذلك جمعًا بين محرمين. والراجح ما ذهب إليه الحنفية وهو الذى يجرى عليه العمل فى المحاكم. لأن العدة لها حكم الزواج القائم من بعض الوجوه كالنفقة وثبوت نسب الولد منه ولأن زواج إحدى محارم زوجته قبل انقضاء العدة ولو من زاوج بائن يؤدى إلى قطيعة الرحم، لأن المسارعة فى زواج إحدى المحارم فى وقت حدة الفراق يكون أشد ألمًا للمرأة المطلقة وقد يدل على تدبير سابق[٣].

(١) يرى جمهور الفقهاء أن الحرمة لا تثبت إلا إذا كان التحريم من الجانبين، أما إذا كان من الجانب واحد جاز الجمع كالبنت مع زوجة أبيها، وقال زفر بثوت الحرمة ولو من جانب واحد ويرى الجعفرية والخوارج والروافض إلى أنه لا يحرم الجمع بين المرأة وبين عمتها أو خالتها لعدم ورود نص ثابت بالتحريم (المغنى والشرح الكبير) جـ ٧ ص ٤٨٧، المحلى لابن حزم جـ ٩ ص ٥٢٤.

(٢) ذهب ابن تيمية واب نالقيم إلى أنه يجوز الجمع بين محرمين رضاعا لعدم ورود النص بالتحريم.

(٣) الأحكام الشرعية زكى الدين شعبان ص ١٨٢.

هذا وإذا جمع بين محرمين فإن تزوجهما بعقد واحد وليس بأيتهما مانع كان العقد فاسدًا بالنظر إليهما معا وتجرى عليه أحكام الزواج الفاسد. أما إذا كان بإحداهما مانع شرعى فإن العقد صحيح بالنسبة للخالية من الموانع وفاسد بالنسبة للأخرى.

وإن تزوج كل منهما بعقد مستقل وكان العقدان مستكملين أركان الزواج وشروطه وعلم أسبقهما فهو الصحيح والمتأخر فاسد. وإذا كان واحد منهما مستكملاً الأركان والشروط فقط فهو الصحيح سواء كان الأول أم الثانى.

ويلاحظ هنا أن الجمع إذا كان بين امرأة وبنتها ودخل بهما حرمتا عليه مؤبدًا لأن الدخول بعد العقد الفاسد موجب للتحريم ويقوم مقام العقد الصحيح وهو مانطلق عليه حرمة المصاهرة فلا يحل له أن يعقد على واحدة منهما بعد ذلك[١].

خامسًا: الزوجة الملاعنة:

يحرم على المسلم أن يتزوج زوجته التى لاعنها وفرق القاضى بينهما ما دام على اتهامه لها. فإذا قذف الرجل زوجته بالزنا، أو نفى ولدها عن نفسه، ولم يكن له شهود على ذلك وكذبته الزوجة، فالحكم إذا ترافعا إلى القاضى أن يحلف الزوج أربع مرات بالله أنه لمن الصادقين فيما رماها به، والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان كاذبًا فى قوله. ثم تحلف المرأة أربع مرات بالله أنه كاذب فيما رماها به، والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين. فإذا حلف الرجل وحلفت المرأة فقد تم اللعان ويترتب على ذلك التفريق بين الزوجين وتعتبر الفرقة هنا طلاقًا بائنًا عند أبى حنيفة ومحمد، ولا يتزوجها إلا بعد أن يكذب نفسه ويقام عليه حد القذف وهو ثمانون جلدة.

فإذا تم ذلك عاد الحل فيجوز أن يعقد عليها من جديد، ويرى الأئمة الثلاثة وأبو يوسف أن هذه الفرقة تعتبر فسخًا وتوجب حرمة مؤبدة حتى ولو كذب الرجل نفسه، لقوله ﷺ: «المتلاعنان لا يجتمعان أبدًا».

(١) أحكام الأسرة للدكتور محمد مصطفى شلبى ص ٢٣٥.

سادسًا: زواج خامسة وفى عصمته أربع:

يحرم على الرجل أن يتزوج بخامسة ما دام فى عصمته أربع سواها إما حقيقة بأن لم يطلق إحداهن وإما حكما كما إذا طلق إحداهن طلاقًا رجعيًا ولا تزال فى عدته، وهذا باتفاق الفقهاء. والأمر كذلك عند الحنفية إذا كانت مازالت فى العدة من طلاق بائن بينونة صغرى أو كبرى لأن العدة لها حكم الزواج القائم من بعض الوجوه كالنفقة وثبوت نسب الولد منه، وأما المالكية والشافعية والجعفرية فقد أجازوا التزوج بخامسة إذا كانت إحدى الزوجات الأربع فى العدة من طلاق بائن، لأن البائن يقطع ما بين الزوجين، فلا يكون حينئذ جامعًا لأكثر من أربع زوجات فى عصمته، والراجح ما ذهب إليه الحنفية وهو الجارى عليها العمل فى المحاكم.

تعدد الزوجات

ليس الإسلام أول من شرع تعدد الزوجات، فقد كان موجودًا فى الكتب القديمة عند الأثنيين والصينيين والهنود والبابليين وقدماء المصريين، وقد أباحته الديانة اليهودية دون حد أو قيد. وأنبياء التوراة قد أكثروا من النساء كداود وسليمان فقد جمعوا مئات الزوجات الشرعيات والإماء. ولم يرد فى كتب الديانة المسيحية نص صريح بتحريم تعدد الزوجات[1]. وكان العرب فى الجاهلية قبل الإسلام يجرون على نظام التعدد بدون قيد أو شرط.

ولما بزغ فجر الإسلام كان طبيعيًا أن يعالج فوضى تعدد الزوجات فلم يوجب الإسلام تعدد الزوجات ولم يبطله، ولكن عدله وهذبه وأباحه لمن كان محتاجًا إليه، وتوافرت فيه الشروط التى تجعل التعدد لا إثم فيه ولا حرج فى فعله، وبعد أن كانت الإباحة مطلقة كمًا وكيفًا قيدها الإسلام بتحديد أقصى عدد يباح من الزوجات وهو ألا يزيد عن أربع، واشتراطه العدل بينهن، والأمن من الظلم والقدرة على الانفاق عليهن عند تعددهن، يقول الله تعالى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ

(١) يقول جورجى زيدان فى كتابه: «تاريخ التمدن الإسلامى»، النصرانية ليس فيها نص صريح يمنع اتباعها من التزوج بامرأتين فأكثر ولو شاءوا كان تعدد الزوجات جائزًا عندهم ولكن رؤساءهم القدماء وجدوا الاكتفاء بزوجة واحدة أقرب لحفظ نظام العائلة واتحادها.

مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلاَّ تَعُولُوا﴾[١]، وقد روى أن النبى ﷺ قال لغيلان الثقفى حين أسلم وعنده عشر نسوة معه: «أمسك أربعًا وفارق سائرهن»[٢]. وروى أن نوفل بن معاوية أسلم وعنده خمس نسوة أسلمن معه فقال الرسول: «أمسك أربعًا وفارق سواهن»[٣].

وهذا يدل على أن منتهى العدد المشروع هو أربع زوجات، ولو كانت الزيادة على الأربع حلالا لما أمر رسول الله ﷺ بالاقتصار عليهن ومفارقة ما زاد على ذلك، وفى هذا رد على كل من يقول بحل الزيادة على الأربع[٤] وهذا هو المفتى به.

وأما زواج الرسول بأكثر من أربع فكان أمرًا خاصًا به، لأنه كان فى مبدأ تأليف أمة وانشاء دولة ونشر دين جديد. وقد كان لكل زواج تزوجه الرسول دلالة معينة وغاية نبيلة تعلم المسلمين جديدًا من تعاليم الإسلام[٥].

وتحديد الزوجات بأربع الذى جاء فى القرآن الكريم إنما كان بعد تزوجه ﷺ بجميع أمهات المؤمنين. ولم يمسك الرسول أربعًا ويفارق الباقى كما هو الحكم بالنسبة للمسلمين لأن الرسول لو فارق إحدى زوجاته تكون هذه المفارقة ظلمًا لمن فارقها لأنه ليس لأحد بعده أن يتزوجها، يقول الله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لَكُمْ أَن تُؤْذُوا رَسُولَ اللَّهِ وَلا أَن تَنكِحُوا أَزْوَاجَهُ مِنْ بَعْدِهِ أَبَدًا إِنَّ ذَلِكُمْ كَانَ عِندَ اللَّهِ عَظِيمًا﴾[٦].

---

(١) الآية ٣ من سورة النساء.

(٢) الإمام الشافعى جـ ٥ ص ٤٢، منتهى الاخيار جـ ٦ ص ١٣٦.

(٣) نيل الأوطار جـ ٦ ص ١٤٩، المغنى جـ ٧ ص ٤٣٦.

(٤) ذهب بعض الشيعة والرافضة ونقل عن اللخمى وابن أبى ليلى إلى جواز الجمع بين تسع فى وقت واحد وذلك على اعتبار الجمع فى الآية فمثنى وثلاث ورباع مجموعهم تسع، لا التخيير كما قال الجمهور وذهب الخوارج وبعض أهل الظاهر إلى جواز الجمع بين ثمانى عشرة زوجة فى وقت واحد على اعتبار أن كلمة مثنى معدولة عن اثنين اثنين وثلاث معدولة عن ثلاثة ثلاثة ورباع معدولة عن أربعة أربعة والجمع بين الزوجات بهذا التفسير يدل على أنهن ثمانى عشرة امرأة وأجاز البعض الجمع بدون التقييد بعدد وكلها أقوال فاسدة لا أساس لها من الصحة.

(٥) فقد تزوج الرسول بدافع الاخلاص والوفاء لمن سانده فى الدعوة كما تزوج من رأى أن زواجه بها ما يحبب قومها فى الإسلام كما تزوج طبقًا لأمر الله تعالى لبيان تشريع خاص.

(٦) الآية ٥٣ من سورة الأحزاب.

شروط إباحة تعدد الزوجات:

١ ـ العدل بين الزوجات لقوله تعالى: ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً ﴾ والمراد بالعدل الذى أوجبه الشارع على الأزواج وجعله شرطًا لإباحة التعدد هو العدل الذى يستطيعه الإنسان ويقدر عليه وهو التسوية بين الزوجات فى الأمور الظاهرة مثل النفقة والمبيت والإسكان وحسن المعاشرة.

أما ما لا يستطيعه الإنسان ولا يقدر عليه كالمحبة والميل القلبى فليس بمراد من العدل الذى أوجبه الشارع وجعله شرطًا لإباحة التعدد لأن هذا لا يدخل تحت الاختيار والإرادة، يقول الله تعالى: ﴿وَلَن تَسْتَطِيعُوا أَن تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ﴾[١] وقد بين النبى ﷺ هذا المعنى أيضًا فى الحديث عن عائشة رضى الله عنها قالت: «كان رسول الله ﷺ يقسم بين نسائه ويعدل ويقول: «اللهم هذا قسمى فيما أملك فلا تلمنى فيما تملك ولا أملك»[٢].

ولقد حذر النبى ﷺ من عدم العدل بين الزوجات فى الأمور الممكنة وذلك بقوله ﷺ: «من كانت له امرأتان فمال إلى إحداهما دون الأخرى جاء يوم القيامة وشقه مائل»[٣]، [٤].

٢ ـ القدرة على الإنفاق عند تعدد الزوجات فمن كان فى عصمته زوجة واحدة ولا يستطيع الإنفاق على أخرى معها فلا يباح له التعدد وإنْ عدد زوجاته كان آثمًا والحكم كذلك لمن كان متزوجًا بزوجين وأراد الزواج بثالثة وهكذا.

---

(١) الآية ١٢٩ من سورة النساء، والمعنى أن الإنسان لا يستطيع أن يسوى بين زوجاته فى المحبة والميل القلبى مهما حرص كل الحرص فيجب ألا يقصر الزوج فيما يستطيعه من التسوية فى النفقة والمبيت وحسن المعاشرة بالنسبة لمن لا يميل قلبه إليها من الزوجات حتى لا يتركها كالمعلقة فلاهى زوجة تتمتع بحقوق الزوجية ولا هى مطلقة تستطيع أن تختار غيره من الأزواج.

(٢) سبل السلام جـ ٣ ص ١٩٤.

(٣) سبل السلام جـ ٣ ص ١٩٥.

(٤) زعم البعض أن القرآن الكريم يحرم تعدد الزوجات إذ اشترط فى الآية الأولى العدالة فإن ختم ألا تعدلوا فواحدة، لإباحة التعدد ونفى استطاعة العدالة فى الآية الثانية: ﴿وَلَن تَسْتَطِيعُوا أَن تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ﴾ فكأنه علق إباحة التعدد على أمر مستحيل فيصبح ذلك تأكيدًا لنفى التعدد وتحريمه وهذا زعم باطل لأنه يؤدى إلى تناقض ومعاذ الله أن يكون فى القرآن تناقض، فالعدل فى الآية الأولى العدل المستطاع، والعدل فى الآية الثانية العدل غير المستطاع كما أوضحنا فى شرح الآيتين وكما بيناه وأيدناه بالسنة.

وهذا الشرط ليس مقصوراً على من أراد التعدد ولكنه أمر مطلوب لمن أراد التزوج بواحدة إذ أنه يحرم على من لا يستطيع الإنفاق على زوجته أن يتزوج كما يحرم على من يعتقد أنه ان تزوج جار وظلم زوجته وهذا أمر اتفق عليه الفقهاء.

ويجب ملاحظة أن العقد يكون صحيحًا ولو لم يتوافر الشرطان أو أحدهما لأنهما ليسا من شروط الصحة ولكن يكون آثمًا فى هذا الزواج وسيحاسبه الله على ظلمه وجوره وعلى عدم قيامه بمطالب زوجاته.

حكمة تعدد الزوجات والأسباب التى تدعو إلى ذلك:

١ - زيادة عدد النساء على الرجال وبخاصة فى أعقاب الحروب والثورات فلو حرم التعدد لأدى ذلك إلى إباحة الأعراض والرضا بالسفاح وهذا مما لا يقبله إنسان عاقل.

٢ - الرغبة فى تدعيم الأمة بالرجال حتى تستطيع أن تقاوم غيرها من الأمم القوية بعدتها وتعدادها وهذا أمر حيوى بالنسبة للأمة الإسلامية عامة وللأمة العربية خاصة.

٣ - قوة الغريزة الجنسية وسيطرتها على الجنس البشرى فلو حرم على الرجل تعدد الزوجات لأدى ذلك إلى وقوعه فى المحظور وإلى الحكم على عدد غير قليل من النساء بأن يكن عوانس طيلة حياتهن ويعش فى صراع عنيف مع الغرائز الجنسية تكون نتيجته الضعف والهزال العقلى والبدنى وضياع الشرف والعفاف.

٤ - عدم ملائمة طباع الزوجة لطباع الرجل ومرضها وعقمها ووجود ظروف خاصة يحرص الرجل فيها على الإبقاء على تلك الزوجة، فأى الأمرين أفضل أن يبقيها معه وينفق عليها ويؤديها حقوقها ويتزوج بأخرى تأتى له بزينة الحياة أو يطلق الأولى ويفارقها حتى لا يعدد الزوجات أننا لا نشك فى أن التعدد أفضل من نبذ تلك الزوجة ذات الظروف الخاصة. هذا وإذا كان بعض المسلمين يعددون زوجاتهم تلبية للنزوات ولا يعدلون بين الزوجات فإن العيب ليس فى تشريع إباحة التعدد، وإنما هو فى تطبيقه أو فى سوء استعمال الحق الذى أباحه الإسلام وجعله فى دائرة ضيقة محدودة.

وليس عملهم هذا دليلاً على استهانة الإسلام بالمرأة إنما هو دليل على الضعف البشرى الذى يدفع بعض الناس إلى التحلل من قيود الدين.

وإصلاح ذلك العيب لا يكون بحظر التعدد أو تقييده وتحريم ما أحله الله بل بتهذيب النفوس، وتنوير الأذهان وإرشاد الناس إلى حقائق دينهم وما لهم فى الحياة من غايات وما عليهم من واجبات.

وللمرأة فى نظر الإسلام أن تقدر ما فيه خيرها فتشترط على زوجها - إن أرادت - ألا يتزوج بغيرها، وعليه الوفاء لها فإذا تزوج بغيرها كان لها حق طلب فسخ عقد الزواج كما جاء فى مذهب الإمام أحمد بن حنبل ونحن نؤيد ذلك كل التأييد.

ولم تبح الشريعة الإسلامية للمرأة أن تعدد الأزواج وتجمع أكثر من زوج واحد خشية اختلاط الأنساب وإثارة العداوة والبغضاء بين الناس وتقليل النسل.

تعدد الزواجات فى ظل القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥[١]

نصت المادة السادسة مكررًا من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥: «على الزوج أن يقر فى وثيقة الزواج بحالته الاجتماعية فإذا كان متزوجًا فعليه أن يبين فى الإقرار اسم الزوجة أو الزوجات اللاتى فى عصمته ومحال إقامتهن، وعلى الموثق إخطارهن بالزواج الجديد بكتاب مسجل مقرون بعلم الوصول».

«ويجوز للزوجة التى تزوج عليها زوجها، أن تطلب الطلاق منه إذا لحقها ضرر مادى أو معنوى يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما ولو لم تكن قد اشترطت عليه فى العقد ألا يتزوج عليه وعلى القاضى أن يعمل على الإصلاح بينهما فإذا عجز القاضى عن الاصلاح بينهما، طلقها عليه طلقة بائنة، ويسقط حق الزوجة فى طلب التطليق لهذا السبب، بمضى سنة من تاريخ علمها بالزواج بأخرى، إلا إذا كانت قد رضيت بذلك صراحة أو ضمنًا، ويتجدد حقها فى طلب التطليق لهذا السبب، بمضى سنة من تاريخ علمها بالزواج بأخرى، إلا إذا كانت قد رضيت بذلك صراحة أو ضمنًا، ويتجدد حقها فى طلب التطليق كلما

(١) تفصيل هذا الموضوع فى كتاب الأسرة وقانون الأحوال الشخصية رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ للدكتور عبد الناصر توفيق العطار، مضبطة مجلس الشعب فى جلساته الثلاث فى يومى ٣٠ يونيو وأول يوليو سنة ١٩٨٥، دراسات فى الأحوال الشخصية للدكتور محمد بلتاجى حسن.

تزوج بأخرى، وإذا كانت الزوجة الجديدة لم تعلم أنه متزوج سواها، ثم ظهر أنه متزوج فلها أن تطلب التطليق كذلك». وهذه المادة تشير إلى موضوعين:

الموضوع الأول: إلزام الزوج ببيان أسماء زوجاته ومحال إقامتهن عند زواجه، والزام الموثق بإخطارهن بالزواج الجديد.

الموضوع الثانى: التطليق لضرر تعدد الزوجات.

أولاً: إلزام الزوج ببيان أسماء زوجاته ومحال إقامتهن عند زواجه والزام الموثق بإخطارهن بالزواج الجديد، لتمكينهن من طلب التطليق لتعدد الزوجات:

أوجبت المادة ١١ مكرر ١ / ١ من المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩، المضافة بالمادة الأولى من القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥: «على الزوج أن يقر فى وثيقة الزواج بحالته الاجتماعية، وإذا كان متزوجًا فعليه أن يبين فى الإقرار اسم الزوجة أو الزوجات اللاتى فى عصمته ومحال إقامتهن، وعلى الموثق إخطارهن بالزواج الجديد بكتاب مسجل مقرون بعلم الوصول» وذلك لتمكينهن من طلب التطليق، لما أسماه القانون بضرر تعدد الزوجات.

وتعاقب المادة ٢٣ مكرر / ٢ و٣ من المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالمادة الأولى من القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بالحبس مدة لا تجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تجاوز مائتى جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين الزوج: «إذا أدلى للموثق ببيانات غير صحيحة عن حالته الاجتماعية، أو محال إقامة زوجته أو زوجاته أو مطلقته، على خلاف ما هو مقرر فى المادة ١١ مكررا. ويعاقب الموثق بالحبس مدة لا تزيد على شهر وبغرامة لا تجاوز خمسين جنيهًا، إذا أخل بأى من الالتزامات التى فرضها عليه القانون. ويجوز أيضًا الحكم بعزله أو وقفه عن عمله لمدة لا تجاوز سنة».

وعلى الرغم من أن قانون الأحوال الشخصية رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥، لم يخوّل وزير العدل سلطة تنظيم توثيق إجراءات تعدد الزوجات، إلا أن وزيرالعدل قد تصدى لهذا التنظيم فى قراره رقم ٣٢٦٩ لسنة ١٩٨٥، الذى توجب المادة ٨ منه: «على الموثق المختص بتوثيق وثيقة الزواج أن يثبت فى الوثيقة بيانًا واضحًا عن حالة الزوج الاجتماعية. فإذا كان متزوجًا، فيجب أن يتضمن هذا البيان اسم الزوجة أو الزوجات اللاتى فى عصمة الزوج ومحال إقامتهن. ويثبت هذا البيبان من واقع إقرار الزوج».

كما توجب المادة ٩ من هذا القرار: «على الموثق اخطار الزوجة أو الزوجات اللاتى فى عصمة الزوج بالزواج الجديد خلال سبعة أيام من تاريخ توثيق الزواج، وذلك بكتاب مسجل مقرون بعلم الوصول إن كانت الزوجة تقيم فى مصر، أو بالطريق الذى رسمه قانون المرافعات المدنية والتجارية إن كانت تقيم فى الخارج».

ويستند تنظيم وزير العدل لاجراءات توثيق تعدد الزوجات سالفة الذكر، إلى نص المادة ٣٨١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، التى تجيز له أن يضع لائحة للمأذونين واختصاصاتهم.

ويؤخذ من نص المادتين ١١ مكررًا و٢٣ مكررًا / ٢ و٣ من قانون الأحوال الشخصية، والمادتين ٨ و٩ من قرار وزير العدل رقم ٣٢٦٩ لسنة ١٩٨٥، أن واضع القانون أراد أن يستحدث جريمتين:

الجريمة الأولى: إدلاء الزوج فى وثيقة زواج رسمية ببيان غير صحيح عن أسماء زوجاته أو محال إقامتهن.

فيجب أن يدلى الزوج بالأسماء الحقيقية لزوجاته اللاتى فى عصمته، وبأسماء الشهرة إذا كان لهن أسماء شهرة، ويكفى الإدلاء بأى الاسمين، الحقيقى أو اسم الشهرة، لأن إدلاء الزوج بأيهما يكون إدلاء ببيان صحيح، وإخفائه الاسم الآخر لا يعنى أنه أدلى ببيان غير صحيح، فضلاً عن أن الشك يفسر لصالح المتهم.

ومحل إقامة الزوجة هو مسكن الزوجية الذى تقيم فيه مع زوجها، فهو محل إقامتها المعتاد، بصرف النظر عن المكان الذى تنزل فيه إذا كانت ناشزًا، ما لم تكن معارة فى الخارج فيكون محل إقامتها فى مكان إعارتها، غير أنه لا يعاقب الزوج إلا إذا كان يعلم بمحل إقامتها خارج البلاد، لأنه إذا جهل هذا المحل فقد انتفى القصد الجنائى عنه فى الأدلاء ببيان غير صحيح.

ويجب أن يدلى الزوج بأسماء جميع زوجاته اللاتى فى عصمته، ومحال إقامتهن، وقت الزواج الجديد. فتقوم الجريمة إذا أخفى اسم أو محل إقامة أى واحدة منهن.

كما يلزم الزوج ببيان اسم ومحل إقامة من طلقها طلاقًا رجعيًا، لأن نص المادة ٢٣ مكررًا / ٢ من القانون، ذكر المطلقة مع الزوجات، وتفسر بأنها المطلقة طلاقًا رجعيًا، لأن

أحكام الزواج لا تنقطع تمامًا معها، وبغير هذا التفسير يمكن للزوج أن يتحايل على النص، وذلك بأن يعقد زواجه الجديد فى عدة المطلقة ثم يراجعها بعد الزواج الجديد، دون علم أى من زوجتيه. أما المطلقة طلاقًا بائنًا فلا يلزم الزوج بذكر اسمها أو محل إقامتها، حتى لو عقد زواجه الجديد فى عدتها، لانقطاع أحكام الزواج معها بمجرد الطلاق.

ولا تقوم جريمة إدلاء الزوج ببيان غير صحيح عن أسماء زوجاته أو محال إقامتهن، إلا إذا كان ذلك فى وثيقة زواج رسمية، وفى عقد زواج صحيح، لأن عقد الزواج إذا كان باطلاً فلا قيمة لوثيقة الزواج الرسمية، ولأن النص وهو جنائى يفسر تفسيراً ضيقًا يلزم الزوج بأن يقر للموثق فى وثيقة الزواج بحالته الاجتماعية، وهو ما يعنى أن تكون وثيقة الزواج رسمية.

وعلى ذلك إذا عقد الزوج زواجًا عرفيًا شرعيًا - تم بالتراضى ووجود شاهدين - فلا يرتكب هذه الجريمة، ولا يعاقبه القانون. غير أن زوجته المعقود عليها بعقد زواج عرفى، لا تستطيع أن تتقاضى حقوقها منه عند نزاعها معه إلا إذا أقر بزواجه منها، لأن المادة ٩٩ من لائحة المحاكم الشرعية أوجبت على القاضى ألا يسمع دعوى الزوجية - عند الإنكار - إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية.

ولا يعاقب الزوج إلا إذا ارتكب جريمة الإدلاء ببيانات غير صحيحة عن أسماء زوجاته ومحال إقامتهن، فى وثيقة زواج حررت فى إقليم مصر. وإقليم مصر هو أرض مصر، ومياهها الإقليمية، والسفن المصرية، والطائرات المصرية، والسفارات والقنصليات المصرية.

ويلاحظ أن الحالة الاجتماعية للزوج، أصبحت من البيانات المعدة لها وثيقة الزواج، لأن القانون أوجب على الزوج أن يقر فى وثيقة الزواج بحالته الاجتماعية. غير أن إدلاء من يعقد زواجًا ببيان غير صحيح، عن أسماء زوجاته اللاتى فى عصمته ومحال إقامتهن، لا يعاقب عليه بعقوبة جناية التزوير، نظراً لأن قانون الأحوال الشخصية عاقب عليه بعقوبة الجنحة، وجعل هذه العقوبة هى الحبس مدة لا تجاوز ستة أشهر، وغرامة لا تجاوز مائتى جنيه، أو إحدى هاتين العقوبتين.

الجريمة الثانية: عن عدم إخطار الموثق زوجات من عقد له زواجًا جديدًا، بهذا الزواج بكتاب مسجل مقرون بعلم الوصول.

ويلاحظ أن قانون الأحوال الشخصية رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ـ وإن كان قد ألزم الموثق بهذا الإخطار، وأوجب عليه أن يتم بكتاب مسجل مقرون بعلم الوصول ـ إلا أنه لم يحدد له مدة يتم فيها الإخطار.

ومن الواضح أن صياغة قانون الأحوال الشخصية فيها قصور فى معاقبة الموثق الذى لا يخطر بتعدد الزوجات. هذا القصور قد عالجه قرار وزير العدل رقم ٣٢٦٩ لسنة ١٩٨٥، بأن أوجب على الموثق أن يتم هذا الإخطار خلال سبعة أيام من تاريخ توثيق الزواج الجديد، وذلك بكتاب مسجل مقرون بعلم الوصول، إن كانت الزوجة تقيم فى مصر، أو بالطريق الذى رسمه قانون المرافعات إن كانت تقيم فى الخارج.

بيد أن مخالفة الموثق لقرار وزير العدل، لا يعاقب عليها بعقوبة الجنحة المنصوص عليها فى قانون الأحوال الشخصية، لأن هذا القانون لم يخول وزير العدل إصدار هذا القرار، إنما يخضع المأذون فى هذه المخالفة الإدارية لإجراءات التأديب المنصوص عليها فى لائحة المأذونين، ويمكن بالتالى أن يوقع عليه جزاء تأديبى هو الإنذار، أو الوقف عن العمل مدة لا تقل عن شهر ولا تزيد على ستة أشهر، أو العزل (م ٤٣ من لائحة المأذونين).

موقف الشريعة الإسلامية من هذا الموضوع[1]:

الشريعة الإسلامية لا تجبر الزوج على بيان أسماء زوجاته أو محال إقامتهن، أو إعلام زوجاته بزواجه الجديد، بل تترك له الخيار بين الإعلام والإخفاء.

كما أن الشريعة الإسلامية لا تلزم موثق عقد الزواج بإخطار الزوجات بتعدد الزوجات وذلك لما يأتى:

أولاً: إخفاء الزوج تعدد زوجاته عن أى زوجة، قد لا يكون غشًا ولا خداعًا، لأن الغش أو الخداع يتطلب توافر نية خاصة هى نية الغش والخداع. وأغلب من يخفى عن زوجة له خبر زواجه بأخرى، ويقصد أن تستقر علاقته بزوجاته فى مودة ورحمة، دون خصام وصخب ونزاع معه أو باقى الزوجات، وعندئذ لا تتوافر نية الغش والخداع، لأن النية ـ كما هو واضح ـ هى نية المودة والحرص على صيانة الحياة الزوجية، خصوصًا مع ما يجده الزوج فى معظم وسائل الإعلام من شحن أذهان النساء بالعداء لتعدد الزوجات.

(١) المرجع السابق، الدكتور عبد الناصر العطار، ص ٢١٨ وما بعدها.

أما إذا كان غشًا أو خداعًا فقد حرمت الشريعة الإسلامية ذلك.

ثانيًا: الزوج غير ملزم بأن يخبر زوجته بكل حلال يمارسه. وبالتالى إذا أخفى عن زوجة له خبر زواجه بأخرى، فلا يتناقض ذلك مع عشرته لها بالمعروف، لأن العشرة بالمعروف هى العشرة التى يؤدى فيها لزوجته حقوقها من أنس روحى ورعاية ونفقة وأداء للواجب الجنسى، وغير ذلك مما فرضه عليه الشرع. وليس من حقوق الزوجة أن تعلم بكل نشاط أو سلوك أو تصرف حلال يمارسه زوجها.

ثالثًا: إجبار الزوج على بيان أسماء زوجاته، عند زواجه لاخطارهن به، يحمل معنى تحريضهن على طلب الطلاق بسبب حلال مارسه الزوج، وهو ما يؤدى إلى مفاسد كثيرة، منها أن الزوجة التى تخطر بزواج زوجها عليها قد تكون مشاكسة وقد تكون غير مشاكسة، فإن كانت الزوجة مشاكسة وأُخطِرَت بالزواج الجديد، فإنها تقلب البيت جحيمًا على زوجها، وتحرض عليه أولاده وأهله، مما يتعارض مع نصوص القرآن التى تجعل الزواج سكنًا ومودة ورحمة. وإذا لم تكن الزوجة مشاكسة فإن هذا الحكم يخالف نصوص القرآن التى تصرح بأن الله عز وجل لم يجعل فى الدين علينا من حرج. ذلك أن إخطار هذه الزوجة يوقعها فى حرج كبير قد تضطر معه إلى طلب التطليق وهى غير راغبة فيه، لأنها كانت من قبل لا تعلم بهذا الزواج، أو تعلم به وتتظاهر لمن يحدثها به أن كلامه غير صحيح وأنه بفرض صحته فالزوج يحبها، بدليل أنه لازال مبقيًا عليها، أما بعد إخطارها بتعدد الزوجات، فإنها لا تعدم شامتة فيها أو طامعة فى زوجها، تحرضها على طلب التطليق، وتلصق بها المعرة والخزى إذا لم تطلبه، بعد أن جعله القانون حقًا لها، وهكذا تقع فى حرج بالغ يدفعها إلى خراب بيتها.

رابعًا: يؤدى هذا الحكم إلى تضييق حلال الله لمصالح العباد. كما أن هذا النص يشجع على الزواج العرفى حيث يمكن الزوج به أن يخفى هذا الزواج عن سائر زوجاته مع ما فى هذا الزواج من ضياع الحقوق للزوجة الجديدة.

ثانيًا: التطليق لضرر تعدد الزوجات:

ابتدع قانون الأحوال الشخصية نوعًا جديدًا من التطليق لضرر، هو التطليق لضرر تعدد الزوجات، فنص فى المادة ١١ مكررًا / ٢ و٣ و٤ المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩، المضافة بالمادة الأولى من القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥، على أنه: «ويجوز للزوجة التى تزوج عليها زوجها، أن تطلب الطلاق منه إذا لحقها ضرر مادى أو معنوى يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما، ولو لم تكن قد اشترطت عليه فى العقد ألا يتزوج عليها. وعلى القاضى أن يعمل على الإصلاح بينهما فإذا عجز القاضى عن الإصلاح بينهما، طلقها عليه طلقة بائنة، ويسقط حق الزوجة فى طلب التطليق لهذا السبب، بمضى سنة من تاريخ علمها بالزواج بأخرى، أو إذا كانت قد رضيت بذلك صراحة أو ضمنًا، ويتجدد حقها فى طلب التطليق كلما تزوج بأخرى. وإذا كانت الزوجة الجديدة لم تعلم أنه متزوج بسواها، ثم ظهر أنه متزوج، فلها أن تطلب التطليق كذلك.

ويؤخذ من نص القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥، أنه لا يجعل الضرر فى تعدد الزوجات مفترضًا، بل يجب على الزوجة أن تثبت أنه قد لحقها ضرر من زواج زوجها عليها، يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما.

غير أنه عند تحديد هذا الضرر، اضطربت عبارة المذكرة الإيضاحية، حيث نصت عن غموض على أنه نوع خاص من الضرر فى نطاق القاعدة العامة للتطليق لضرر، بينما وضح تقرير اللجنة المشتركة ذلك بنصه على أن الضرر الذى يلحق الزوجة من الزواج عليها بأخرى هو نوع خاص من الضرر يشمل الضرر بكافة أنواعه، ماديًا كان أو أدبيًا أو نفسيًا، وله ذاتية خاصة، ولهذا لم تدرجه اللجنة برقم ٦ مكررًا، عقب المادة السادسة من المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩، التى تقرر مبدأ عامًا فى التطبيق للضرر، كما ورد بالاقتراح، وإنما وضعته برقم ١١ مكررًا، عقب نصوص الحكمين، إبرازًا لذاتية هذا الحكم[١].

وفى مناقشات أعضاء مجلس الشعب ظهر اتجاهان فى تحديد الضرر.

---

(١) مضبطة مجلس الشعب ـ الجلسة ٩٦ فى ١٩٨٥/٦/٣ ص ٥ إلى ٨.

فرأى يذهب إلى التوسع فى تفسير الضرر، بحيث يكفى أن يكون آلامًا نفسية تصيب الزوجة التى تزوج عليها زوجها، تستشعره هى وحدها، ويثبت بطلبها التطليق، كما يثبت أنه مما يتعذر معه العشرة بين أمثال الزوجين بإصرار الزوجة على طلب التطليق وعجز القاضى عن الإصلاح بين الزوجين[١].

وذهب رأى آخر إلى ضرورة تفسير الضرر هنا وفقًا لما يفسر به الضرر فى أحكام التطبيق لضرر سوء العشرة، سواء كان الضرر ماديًا كالضرب المبرح أو معنويًا كالسب، بحيث يعتبر التطليق لضرر تعدد الزوجات مجرد تطبيق للقاعدة العامة المنصوص عليها فى التطليق لضرر. وهذا الرأى ـ فيما يبدو ـ هو أيضًا رأى مجمع البحوث الإسلامية[٢].

ولا يبدو من مناقشات مجلس الشعب ترجيح رأى على آخر من الرأيين السابقين[٣].

وعلى ذلك يمكن أن يكون نص المادة ١١ مكررًا / ٢، ٣، ٤ ـ الخاص بالتطليق لضرر تعدد الزوجات ـ تطبيقًا للقاعدة العامة فى التطليق للضرر، كما يحتمل تفسيره باعتباره ضررًا خاصًا له ذاتية مستقلة، ولكن كلا التفسيرين يجعل النص غير متفق مع أحكام الشريعة الإسلامية وذلك كما يأتى:

أولاً: التطليق لضرر تعدد الزوجات، كتطبيق للتطليق للضرر بشروطه فى القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥، غير موافق للشريعة الإسلامية:

لو كان التطليق لضرر تعدد الزوجات، تطبيقًا للتطليق للضرر، لكان متفقًا مع الشريعة الإسلامية. ولكنه بالشروط التى وضعها القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥، أصبح مخالفًا للشريعة الإسلامية، وغير دستورى، وذلك بالنسبة لكلتا الزوجتين ـ القديمة والجديدة.

(أ) بالنسبة للزوجة القديمة:

لا يجيز القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥، للزوجة القديمة التى تزوج عليها زوجها، طلب التطليق إلا بشروط أربعة هى: الشرط الأول: أن تثبت أنه لحقها من الزواج الجديد ضرر

---

(١) المذكرة الإيضاحية لهذا القانون مع ملاحظة أنها نفس مذكرة القانون ٤٤ لسنة ١٩٧٩ مع ملاحظة الاختلاف فى القانون.

(٢) مضبطة مجلس الشعب ـ الجلسة ٩٧ فى ١/٧/١٩٨٥ ص ٢٠، ٢١.

(٣) المرجع السابق، ص ٢٢.

يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما. والضرر هنا هو سلوك من الزوج مخالف للشرع.
والشرط الثانى: أن تطلب الزوجة التطليق لهذا السبب قبل مضى سنة من تاريخ علمها بزواج زوجها عليها. وتعتبر الزوجة عالمة بالزواج الجديد من تاريخ وصول إخطار الموثق لها بالزواج الجديد، ما لم يثبت علمها قبل ذلك بهذا الزواج. ويثبت هذا العلم بكافة الطرق.
والشرط الثالث: ألا ترضى الزوجة صراحة أو ضمنًا بزواج زوجها عليها. وتعتبر الزوجة راضية ضمنًا بذلك إذا مكنت زوجها من نفسها، ولو مرة، بعد علمها بزواجه عليها.
والشرط الرابع: أن يعجز القاضى عن الصلح بين الزوجين.

وكل من الشروط: الثانى والثالث والرابع، مخالف لمبادىء الشريعة الإسلامية.

فالشرط الثانى الخاص بسقوط حق الزوجة فى طلب التطليق بعد مرور سنة من علمها بالزواج الجديد، ولو أضر بها زوجها بعد ذلك ضررًا لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما، يتعارض مع قوله تعالى: ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾[1]، وقوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾[2]، وقوله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾[3]. فالله عز وجل أمر بأن يكون الزواج سكنًا ومودة ورحمة ما بقيت الحياة الزوجية، وأمر كذلك بالعشرة بالمعروف أبدًا ودائمًا، كما أمر بالإمساك بالمعروف وإلا تعين التسريح بإحسان، فكيف ينص القانون على أن يكون لمدة سنة واحدة فقط من علم الزوجة بالزواج الجديد عليها، على الرغم من أنه قد لحقها ـ بعد ذلك ـ ضرر يتعذر معه دوام العشرة بين أمثال الزوجين، فتظل بذلك حبيسة هذا الضرر الفاحش. وسجينة ظلم زوجها الذى لعب بعواطفها لمدة سنة ثم يذيقها بعد ذلك ألوانًا من العذاب قد تستمر إلى نهاية حياتها! لا شك أن مبادىء الشريعة الإسلامية لا تجيز ذلك، ولا يقبله أحد لاخته أو لابنته، فكيف ارتضاه واضعو القانون حكمًا بين الناس؟!

والشرط الثالث الخاص بسقوط حق الزوجة فى طلب التطليق عند رضاها صراحة أو ضمنًا بالجمع بينها وبين زوجة أخرى، ولو أضر زوجها بها ـ بعد ذلك ـ ضررًا يتعذر معه

(١) سورة الروم، الآية ٢١.
(٢) سورة النساء، الآية ١٩.
(٣) سورة البقرة، الآية ٢٢٩.

دوام العشرة بين أمثالهما، مخالف لمبادىء الشريعة الإسلامية، لما ذكرناه فى الشرط الثانى سالف الذكر. ويضاف إليه أن صبر الزوجة على إيذاء زوجها المكون لهذا الضرر ورضاها بذلك مرة لا يعنى رضاها بتكرار هذا الضرر ولا رضاها باستمراره، فكيف يسقط حقها فى طلب التطليق فى لحظة انسجام مع زوجها، لتظل حبيسة هذا الضرر الفاحش طول عمرها. ليس هذا هو الإمساك بالمعروف الذى أمر الشرع به، وبالتالى يتعين التسريح بإحسان.

والشرط الرابع: يعنى أن القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥، وأن أوجب على القاضى الصلح بين الزوجين، إلا أنه لم يأخذ فى هذا الصلح بأحكام بعث الحكمين. ويترتب على ذلك (أ) إذا طلبت الزوجة التطليق لزواج زوجها عليها، وكان هذا الطلب قبل مضى سنة من هذا الزواج الجديد، فإنه إذا حكم برفض الدعوى ثم تكررت شكوى الزوجة قبل مضى السنة، بأن رفعت دعوى تطليق أخرى لضرر هذا الزواج نفسه، لا زواج آخر غيره، فلا يبعث القاضى حكمين، كما هو الحال فى أحكام التطليق للضرر، وإنما يحكم برفض الدعوى لسابقة الفصل فيها، وهو ما لا يزيل الضرر عن الزوجة، بخلاف ما إذا رفعت دعوى تطليق لضرر زواج آخر (ثالث أو رابع) لزوجها عليها، حيث يتجدد حقها فى طلب التطليق كلما تزوج عليها زوجها بأخرى. (ب) فى التطليق لضرر تعدد الزوجات، يحكم للمطلقة بكافة حقوقها، على الرغم من أن الإساءة قد تكون مشتركة بينها وبين زوجها، فقد يكون مسلك كل منهما مع الآخر مخالفًا للشرع. والحكم للمطلقة فى هذه الحالة بكافة حقوقها، لن يكون تسريحًا بإحسان، أى تسريحًا يحس القاضى فيه أن الله عز وجل يراه، فيخشى أن يظلم الزوج، وهو ما يخالف مبادىء الشريعة الإسلامية.

ويلاحظ أن طلاق الزوج لزوجته الجديدة، لا يعنى زوال الضرر، لأن الضرر هنا ليس مجرد زواج الرجل على زوجته وقد زال، وإنما الضرر ـ فى ظل تفسيره فى نطاق أحكام التطليق للضرر ـ يعنى سلوك الزوج مع زوجته مسلكًا مخالفًا للشرع، ومجرد تعدد الزوجات مسلك لا يتعارض مع الشرع، فالضرر هنا لا يرتبط بالزواج الجديد ولا يزول بزواله، وإنما يرتبط بما يصدر من الزوج من أذى لزوجته بالقول أو بالفعل، مما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما(١).

(١) المرجع السابق، د. عبد الناصر العطار، ص ٢٣٢ وما بعدها.

(ب) بالنسبة للزوجة الجديدة:

أعطى القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥، ومن قبل القانون ٤٤ لسنة ١٩٧٩، للزوجة الجديدة حق فى طلب التطليق لإخفاء زوجها عنها أنه متزوج بسواها.

وهذا الحكم يحتمل تفسيره على أنه تطبيق للتطليق للضرر بصفة عامة، أى تطليق لضرر سوء العشرة، كما يحتمل تفسيره أنه تطليق لضرر الخداع والغش. وعلى الاحتمالين، يخالف مبادىء الشريعة الإسلامية.

أولاً: إذا اعتبرنا طلب الزوجة الجديدة التطليق، تطبيقًا للتطليق للضرر، لكان معنى هذا أنه يشترط للحكم بالتطليق فى هذه الحالة خمسة شروط هى: الشرط الأول: أن يكون الزوج قد أخفى عن زوجته الجديدة أنه متزوج بسواها. الشرط الثانى: أن تثبت الزوجة أنه لحقها من هذا الزواج ضرر يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما. والشرط الثالث: ألا تكون الزوجة قد رضيت بتعدد الزوجات صراحة أو ضمنًا. والشرط الرابع: ألا تمر سنة على علمها بأنه متزوج بسواها، دون أن تطلب التطليق. الشرط الخامس: أن يعجز القاضى عن الصلح بين الزوجين.

وسبق أن ذكرنا أن كلاً من الشرط الثالث والرابع والخامس سالفة الذكر مخالف لمبادىء الشريعة الإسلامية. كذلك زاد هذا الحكم شرطًا لطلب التطليق، وهو أن تثبت الزوجة الجديدة أن زوجها أخفى عنها زواجه بأخرى عند عقد زواجه عليها، بحيث إذا أخفقت فى هذا الإثبات يحكم برفض دعواها، حتى لو ثبت أن زوجها يضر بها ضررًا يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما، وهو ما يخالف مبادىء الشريعة الإسلامية التى تكتفى بهذا الضرر للتطليق، نظرًا لما تأمر به من الإمساك بمعروف أو التسريح بإحسان. ثم أن شرط إخفاء الزوج عن زوجته زواجه بأخرى، لا يجعلها تتساوى فى شروط طلب التطليق مع الزوجة القديمة التى لها طلب التطليق سواء أخفى زوجها عنها ذلك أم أعلمها به. وشرع الله عز وجل يوجب المساواة بين الزوجات فيما يمكن المساواة فيه بينهن.

ثانيًا: إذا اعتبرنا طلب الزوجة الجديدة التطليق لضرر الخداع والغش، الناتج من إخفاء زوجها بأخرى، دون استلزام توافر باقى الشروط، لكان النص كذلك مخالفًا لمبادىء الشريعة الإسلامية، للأسباب الآتية:

(أ) أن الغش والخداع يتطلب توافر نية خاصة هى قصد الغش والخداع، وأغلب من يخفى عن زوجة خبر زواجه بأخرى يقصد أن تستمر علاقته بزوجاته فى مودة ورحمة، دون خصام ونزاع معه أو مع باقى الزوجات.

(ب) كذلك لا يلزم الزوج بأن يخبر زوجته بكل حلال يمارسه. وهو ـ إذا أخفى عنها زواجه بأخرى ـ فإنه لا يخفى عنها سلوكًا شائنًا أو علاقة غير مشروعة يعتبر بها خائنًا، وإنما يخفى عنها حلالاً يمارسه مع زوجة أخرى.

وعلى ذلك لا يمكن اعتبار التطليق لتعدد الزوجات تطبيقًا للتطليق للضرر سواء كان بالنسبة للزوجة القديمة أو للزوجة الجديدة ويعتبر هذا النص غير متفق مع أحكام الشريعة الإسلامية.

ثانيًا: التطليق لضرر تعدد الزوجات كضرر خاص مستقل عن التطليق للضرر غير موافق أيضًا لأحكام الشريعة الإسلامية:

لقد ظهر رأى يتوسع فى تفسير ضرر تعدد الزوجات الموجب للتطليق، بحيث يتوافر فى الآلام النفسية التى تصيب الزوجة منه، وبالتالى يكون التطليق لضرر تعدد الزوجات حكمًا ذاتيًا مستقلاً عن القاعدة العامة للتطليق لضرر، يكفى فيه أن تدعى الزوجة أن زواج زوجها بأخرى يؤلمها ويؤذيها نفسيًا ويسلب سكينتها، فإذا رفضت الصلح مع زوجها يثبت أنه ضرر يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما، ويحكم القاضى لها بالتطليق لضرر تعدد الزوجات!! ولا يغير من الأمر شيئًا أن تدلل الزوجة على ما أصابها من ضرر نفسى بسابق تضحياتها مع زوجها وضخامة هذه التضحيات أو بعدم التناسب بينها وبين الزوجة الأخرى، أو بعدم وجود مبرر لأن يعدد زوجها زوجاته . . أو لغير ذلك من الأسباب، لأن ذلك كله يفصح عن دوافع التعدد ومبرراته، أو عن مدى الضرر النفسى لا عن ذلك الضرر. فالضرر النفسى ألم تشعر به الزوجة مع جمع زوجها بينها وبين أخرى، وهو أمر يرجع فيه إلى تقدير الزوجة نفسها، وبالتالى يستوى فى ثبوت هذا الضرر النفسى أن تكون الزوجة قد بذلت تضحيات أم لم تبذل، أو كان هناك تناسب بينها وبين الزوجة الجديدة أم لم يكن هناك أى تناسب، أم وجد مبرر عند الزوج للتعدد أم لم يوجد. كما أن كلاً من الشريعة والقانون لا يسمح للقاضى بالبحث فى دوافع التعدد أو مبرراته، أو دوافع أى زواج أو مبرراته، إنما يسمح له بالتصدى للضرر لإزالته بالصلح أو بالتطليق. .

وفرق شاسع بين هذا الرأى والرأى السابق، لأن تفسير الضرر المعنوى فى إطار الأحكام العامة للتطليق للضرر، وفقًا للرأى الأول، يعنى أنه سلوك الزوج مع زوجته مخالف للشرع، أى مخالف لقوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾، وقوله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ﴾ وبالتالى يستنبط هذا الضرر من مسلك الزوج المخالف للشرع. أما تفسير الضرر فى تعدد الزوجات على أنه ضرر ذاتى مستقل عن الأحكام العامة فى التطليق للضرر، فيعنى أن الضرر المعنوى هو ما يصيب الزوجة من ألم نفسى، فينظر فيه إلى جانب المرأة ويستنبط من مسلكها فى طلب التطليق ورفض الصلح، وهو ما يعنى الدوران بنص القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ إلى ما كان عليه العمل فى ظل القانون ٤٤ لسنة ١٩٧٩ من افتراض الضرر بمجرد إدعاء الزوجة أن آلامًا نفسية لحقتها، مع فارق واحد هو أن يحاول القاضى الصلح بين الزوجين، فإذا رفضته الزوجة اعتبر القاضى تعدد الزوجات ضررًا يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما وحكم بالتطليق!

ويستند أنصار اعتبار التطليق لضرر تعدد الزوجات، حكما له ذاتية خاصة مستقلة عن القاعدة العامة للتطليق للضرر، إلى الحجج الآتية:

أولاً: هذا التطليق لا يتعارض مع مبدأ تعدد الزوجات المنصوص عليه فى قوله تعالى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ ....﴾[1]. لأن مبدأ التعدد يبقى على أصله دون مساس به أو تقييد له، لأن النص لا يحرم تعدد الزوجات، وهو يفترض وجود أكثر من زوجة، ولا يعلق الزواج بأكثر من واحدة على موافقة باقى الزوجات، كما أنه يتعلق بإنهاء الزواج لا بانعقاده[2].

ثانيًا: تعدد الزوجات مباح فى الإسلام، وما «من مباح فى الشريعة الإسلامية إلا ويخضع للقيد، وما من حق فى الشريعة الإسلامية إلا ويخضع للقيد، فالشريعة الإسلامية لا تعرف المباح على إطلاقه: كما أنها لا تعرف الحقوق المطلقة، فكل الحقوق فى الشريعة الإسلامية حقوق نسبية، ومقيدة بقيدين أساسين: أولهما أنه: «لا ضرر ولا ضرار» وثانيهما: «دفع الضرر مقدم على جلب المصالح»[3].

---

(١) الآية ٣ من سورة النساء.

(٢) من أقوال رئيس مجلس الشعب، مضبطة المجلس، الجلسة ٩٦ ص ٣

(٣) من أقوال رئيس مجلس الشعب، مضبطة المجلس، الجلسة ٩٦ ص ٣.

ثالثًا: من المسلمات أن من حق الزوجة على زوجها أن يعاشرها بالمعروف إعمالاً لقوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾[١]، وقوله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾[٢] ولا يتفق مع المعروف أن يتزوج زوج على زوجته إضرارًا بها، ولا أن تجبر زوجة على الاستمرار فى عصمة رجل رغمًا عنها. وإذا فات المعروف تعين التسريح بإحسان[٣].

رابعًا: إذا كان الزواج من أخرى مباحًا فى الإسلام، ويحقق النفع لأطرافه، إلا أنه قد يترتب عليه ضرر للزوجة الأخرى. ولم يعتبر القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ الزواج بأخرى ضررًا فى ذاته، وإنما نظر إليه على أنه يشتمل على مظنة الضرر، اعتمادًا على قوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً﴾[٤] واستنادًا إلى قوله تعالى: ﴿وَلَن تَسْتَطِيعُوا أَن تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ﴾[٥]. وبتالى فإن مظنة الضرر قائمة فى الزواج بأخرى. والقانون يعطى القاضى التحقق من قيام الضرر، ولا يقيد الرجل فى أن يعدد زوجاته، وإنما يبعد الضرر الواقع على الزوجة الأخرى، عملاً بقوله تعالى: ﴿وَلاَ تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا﴾[٦] وعملاً بقاعدة: «لا ضرر ولا ضرار» وهى حديث فى مرتبة الحسن من مراتب الحديث، رواه مالك فى الموطأ، وأخرجه ابن ماجه والدارقطنى فى سننهما، والضرر الحاق مفسدة بالغير، والضرار إلحاق مفسدة بالغير، والضرار مقابلة الضرر بالضرر، وهى قاعدة تشهد لها نصوص كثيرة من الكتاب والسنة، وسندًا لمبدأ الاستصلاح فى درء المفاسد وجلب المصالح، وهى عدة الفقهاء وعمدتهم وميزاتهم فى تقعيد الأحكام الشرعية للحوادث، ونصها ينفى الضرر نفيًا، ويوجب منعه مطلقًا، ويشمل الضرر الخاص والعام، كما يفيد دفعه قبل الوقوع بكل طرق الوقاية الممكنة، ورفعه بعد الوقوع بما يتيسر من التدابير التى تزيله وتمنع

(١) سورة النساء، الآية ١٩.
(٢) سورة البقرة، الآية ٢٢٩.
(٣) المذكرة الإيضاحية وتقرير اللجنة المشتركة.
(٤) سورة النساء، الآية ٣.
(٥) من الآية ١٢٩ سورة النساء.
(٦) من الآية ٢٣١ سورة البقرة.

تكراره. هذه القاعدة تتسع آفاقها وتضيق وفقًا لحوادث الزمان، بحسب ما يظهر من صنوف الضرر والإضرار[١].

خامسًا: حينما عزم على بن أبى طالب رضى الله عنه، أن يتزوج بأخرى على بنت رسول الله ﷺ، أنكر عليه الرسول ﷺ ذلك، وكان ذلك دفعًا لمظنة ضرر معنوى[٢].

سادسًا: يعطى الفقه المالكى الزوجة الحق فى طلب التطليق للضرر، عملا بقوله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾[٣] وقاعدة: «لا ضرر ولا ضرار». وقد ذكرت مراجع هذا الفقه أمثلة للضرر يمكن أن تضاف إليها أمثلة أخرى، وفقًا للظروف الاجتماعية. ومن الأمثله التى ذكرها فقهاء المالكية للضرر الذى يجيز التطليق، أن يقطع الزوج كلامه عن زوجته، أو أن يولى وجهه عنها فى الفراش، فمن باب أولى يمكن أن نضيف إذا تزوج عليها. وهذه الإضافة تخريج عى مذهب المالكية وقواعد أهل المدينة. وإذا كانت بعض مراجع فقه المالكية قد صرح بأن الزواج بأخرى لا يعتبر ضررًا، إلا أن المراجع الأخرى سكتت عن بيان ذلك[٤].

سابعًا: فى الفقة الحنبلى، يجوز للزوجة أن تشترط على زوجها فى عقد الزواج ألا يتزوج عليها، فإذا خالف الزوج هذا الشرط كان لها فسخ العقد. وهى لا تشترط ذلك إلا بسبب اعتبارها الزواج عليها إضرار بها. وقد صرح الحنابلة بأن هذا الشرط لا يحرم حلالا، لأنه لا يمنع الزوج من الزواج عليها، وإنما يعطى الزوجة المشترطة طلب فسخ العقد. وتخريجًا على هذا المذهب أجاز القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ للزوجة، التى تزوج عليها زوجها، أن تطلب التطليق منه، إذا لحقها ضرر، ولو لم تكن قد اشترطت عليه فى العقد ألا يتزوج عليها[٥].

---

(١) من أقوال رئيس مجلس الشعب ـ مضبطة المجلس ـ الجلسة ٩٦ ص ٣، ٦ ـ وكذلك المذكرة الإيضاحية وتقرير اللجنة المشتركة.

(٢) من أقوال رئيس مجلس الشعب ـ مضبطة المجلس ـ الجلسه ٩٧ ص ١٨.

(٣) البقرة: ٢٢٩.

(٤) المذكرة الإيضاحية، وتقرير اللجنة المشتركة، ومن أقوال الدكتور محمد على محجوب مقرر اللجنة ـ مضبطة مجلس الشعب ـ الجلسة ٩٦ ص ٥.

(٥) المذكرة الإيضاحية، وتقرير اللجنة المشتركة، والدكتور محمد على محجوب بمضبطة مجلس الشعب ـ الجلسة ٩٦ ص ٥.

ثامنًا: إذا كان الصحابة رضوان الله عليهم قد عددوا زوجاتهم، دون أن يشترط عليهم رسول الله ﷺ أخذ رضا زوجاتهم، ودون أن يعتبر الزواج الثانى ضررًا بالزوجات السابقات، أو يجيز لهؤلاء الزوجات طلب التطليق، فقد كان هؤلاء يتزوجون علانية، بل يزوج أحدهم صاحبه ابنته أو أخته، وترضى الأولى أو الأوليات شأن البيئة والعادة.

وإذا كان من الفقهاء - فيما مضى - من لم يعتبر فى تعدد الزوجات ضررًا نفسيًا يجيز للزوجة طلب التطليق فقد كان له عرف بيئته. «أما الآن فقد تطور المجتمع، وأصبحت المرأة متعلمة ومثقفة . . وأستاذًا فى الجامعة . . . إلخ، ولذا فإن أوضاعها قد تغيرت، بحيث يجب أن يضع تفسير النص القرآن فى اعتباره هذا التطور القائم»[١]. ولنا مثل فى الإمام الشافعى - رضوان الله عليه - حينما كان فى العراق أفتى فى مسألة وعندما أتى إلى مصر أفتى فى نفس المسألة بأحكام أخرى، لأنها مسألة اجتهادية، والاجتهاد يتغير من مكان إلى مكان ومن عصر إلى عصر، ومن هنا كان لنا أن نأخذ برأى فقيه دون رأى آخر، حسبما تقتضية المصلحة التى نشرع لها[٢]. والشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان. ومرونة هذه الشريعة تجعلها تواجه كل ظرف وكل عصر. ولقد كانت المرأة عارًا فى الجاهلية، فأتى الإسلام ليرفع من شأنها[٣].

ومن المقرر شرعًا أنه إذا رأى ولى الأمر شيئًا من المباح قد اتخذه الناس عن قصد وسيلة إلى مفسدة، أو أنه بسبب فساد الناس أصبح يفضى إلى مفسدة أرجح مما كان يؤدى إليه من مصلحة، كان له أن يحظره ويسد بابه، عملاً بالسياسة الشرعية التى تعتمد على سد الذرائع، أى سد أبواب الطرق المؤدية إلى فساد، كما أن القاعدة هى درء المفاسد مقدم على جلب المصالح[٤].

تاسعًا: تعدد الزوجات مشكلة اجتماعية، يتعين علاجها[٥].

---

(١) من أقوال السيد أحمد مجاهد عضو مجلس الشعب - مضبطة المجلس - الجلسة ٩٧ ص ١٦.
(٢) من أقوال الدكتور محمد على محجوب - مضبطة مجلس الشعب - الجلسة ٩٦ ص ٤.
(٣) من أقوال السيد أحمد مجاهد عضو مجلس الشعب - مضبطة المجلس - الجلسة ٩٧ ص ١٦.
(٤) قريب من هذا قاسم أمين فى كتابه تحرير المرأة، ص ١٣٥.
(٥) المذكرة الايضاحية.

والإسلام حينما خاطب المسلمين الأوائل، كان يخاطب أناسًا فيهم يقظة ضميرية، انظر إلى قول الله عز وجل: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً﴾ . . . أما فى العصور المتأخرة وفى غيبة الضمير عند كثيرين، فلا ينبغى لنا كمشرعين، أن نسرف فى التيسير على من لا يعرفون حقيقه الإسلام، ومن يستغلون رخص الإسلام، ومن يعبثون تحت راية أو شعار الإسلام، والإسلام برىء منهم. أن الذى يشوه صورة المجتمع الإسلامى هو التسيب فى مسائل الحياة الزوجية، فرجل لا يستطيع أن يعول واحدة يتزوج أربع نساء، وهو يتوهم أن العدل هو أن يقسم الرغيف بين اثنتين ويعطى كل واحدة لقمة، وأن تقيم كل زوجة فى حجرة أسفل السلم أو تقيم فى عشة . . . ونبينا ﷺ قال: «من استطاع منكم الباءة فليتزوج . .». دالاً على أن العدل هو تحقيق الكفاية الكريمة لانسانة تنجب البنين والبنات[١].

والحجج السابقة كلها، لا يصح الاستدلال بها على جواز التطليق لضرر تعدد الزوجات، باعتباره حكمًا ذاتيًا مستقلاً عن القاعدة العامة فى التطليق للضرر. ويمكن الرد على هذه الحجج حجة حجة، ويزاد عليها حجج أخرى تؤكد أن هذا التطليق مخالف للشريعة الإسلامية[٢].

أولاً: هذا الحكم دوران حول مبدأ تعدد الزوجات المنصوص عليه فى قوله تعالى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلاثَ وَرُبَاعَ . . .﴾[٣] ذلك أنه مع التسليم بأن هذا الحكم لا يحرم تعدد الزوجات، ويفترض وجود أكثر من زوجة، ويتعلق بإنهاء الزواج لا بانعقاده، إلا أنه يقيد تعدد الزوجات بألا يكون من شأنه أن يحدث ألمًا نفسيًا لزوجات الرجل الأخريات، بحيث إذا زعمت إحداهن هذا الألم ورفضت الصلح ثبت أنه أصابها ضرر يتعذر معه دوام العشرة بين أمثال الزوجين وحكم لها بالتطليق مع كافة حقوق المطلقة. وهو قيد من شأنه أن يمنع تعدد الزوجات، لأن التعدد لا يخلو من هذا الألم النفسى وهذا الدوران حول نص القرآن لا يجوز، لأنه تحايل على شريعة الله، يؤدى إلى تعطيل نص من نصوص كتاب الله.

(١) الدكتور أحمد هيكل عضو مجلس الشعب ـ مضبطة المجلس ـ الجلسة ٩٦ ص ١٦ و١٧.
(٢) المرجع السابق، الدكتور عبد الناصر العطار، ص ٢٤٥ وما بعدها.
(٣) من الآية ٣ من سورة النساء.

ثانيًا: تعدد الزوجات فى الإسلام، ليس ـ أمرًا مباحًا وإنما هو أمر مستحب عند جمهور العلماء، بحيث يثاب فاعله ولا يأثم تاركه، للآتى:

(أ) أن الله عز وجل أمر به أمرًا غير جازم، فقال سبحانه: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾[1] .. والأصل فى الأمر أنه للوجوب ما لم يصرفه صارف. فلما ذكر الله عز وجل بعد هذا الأمر، قوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً﴾ علمنا أنه صرف الأمر عن وجوبه بحيث أصبح طلبه طلبًا غير جازم، وهو معنى المستحب والمندوب والسنة.

(ب) حكم الزواج الثانى هو حكم الزواج الأول، وهو حكم الزواج الثالث والرابع، وهو حكم كل زواج، إذ لم يرد فى الشرع ما يفرق بين زواج وآخر. وحكم الزواج أنه سنة كقاعدة عامة، لقوله ﷺ: «وأن من سنتنا النكاح» وهو نص ينطبق على الزواج الفردى وعلى تعدد الزوجات.

(ج) المباح هو مما سكت الشرع عنه، والشرع لم يسكت عن تعدد الزوجات، وإنما نص على أنه حلال[2]. وقد قال ﷺ: «ما أحل الله فهو حلال وما حرم فهو حرام، وما سكت عنه فهو عفو» وما سكت الشرع عنه قد يكون مباحًا وقد يكون مكروهًا، وقد سماه الرسول ﷺ عفوا، باعتبار أن فاعله لا يأثم. والعفو قسم آخر غير الحلال والحرام. والحلال نوعان: واجب ومستحب أو سنة، وتعدد الزوجات سنة ومستحب، فقد أحله الله عز وجل، بأن أمر به أمرًا غير جازم، وقيده بقيود هى: أن يكون إلى أربع من النساء، مع شرط العدل، وألا يكون فيه جمع بين المحارم كالجمع بين أختين فى عصمة رجل واحد. وكل قيد بعد ذلك ليس تقييدًا لمباح وإنما هو تضييق على حلال[3].

وإذا كان الرسول ﷺ قد وضع القاعدة العامة، فجعل الزواج سنة، فذلك حكم أغلب حالات الزواج، وقد ترك ﷺ للفقهاء استنباط الحالات الأخرى وتعدد الزوجات ليس إلا زواجًا. وقد نص الفقهاء على أن الزواج قد يكون واجبًا، وذلك إذا لم تكن للرجل

---

(١) النساء: ٣.

(٢) أحمد محمد شاكر، على هامش عمدة التفسير، جـ ٣، ص ١٠٢ ـ ١٠٩ ـ كما ورد بملحق مجلة القضاة سنة ١٩٨٠ ص ٢٩٧ و٢٩٨.

(٣) المرجع السابق للدكتور عبد الناصر العطار، ص ٢٤٦.

زوجة، أو كانت عنده زوجة لا تعفه، وكان يخشى العنت أى استبداد الشهوة به أو الوقوع فى الزنا، وكان قادراً على الزواج بأخرى، أى يستطيع الباءة وهى القدرة على مطالب الزواج، وكان يستطيع العدل مع زوجته أو بين زوجاته. وقد يكون الزواج لأول مرة أو تعدد الزوجات، مكروهًا، وذلك إذا خشى الزوج أن يظلم من تزوجها إذا تزوج. وقد يكون الزواج لأول مرة، وتعدد الزوجات، حرامًا، وذلك إذا كان الزوج غير قادر على نفقات الزواج ومطالبه، أو تيقن أنه سيظلم زوجة له إذا تزوج، وفى هذه الحالة إذا كان يخشى العنت فعليه بالصوم، كما قال ﷺ. وكون الزواج وتعدد الزوجات مكروهًا أو محرمًا فى الحالات السابقة، من الأمور الدينية التى يحاسب الزوج عليها فى الآخرة، ولا أثر لها على صحة الزواج، ولا شأن للمحاكم بها، لأن الزوج قد يخشى الظلم أو يتيقن الوقوع فيه إذا تزوج، ثم يعدل بعد الزواج ولا يظلم. وقد يكون غير قادر على الإنفاق ثم يوسع الله له فى الرزق. كما أن كون الزواج أو تعدد الزوجات واجبًا فى بعض الظروف هو أمر دينى يثاب فاعله ويأثم تاركه، ولا شأن للمحاكم به، فلا يجوز لها أن تجبر أحداً على الزواج أو على تعدد الزوجات، إذا كان قادراً على الباءة ويخشى العنت ويستطيع العدل مع الزوجة أو بين الزوجات، إذ أن حرية الزواج مكفولة فى الشريعة الإسلامية وفى الدستور.

ثالثًا: لا تجبر زوجة على الاستمرار فى عصمة رجل رغمًا عنها، لأن الله عز وجل أمر الزوج بأن يعاشر زوجته بالمعروف، فإن لم يمسكها بمعروف تعين التسريح بإحسان. والمعروف ما عرف أنه الحق[(١)]، والإحسان أن تعبد الله كأنك تراه، فإن لم تكن تراه فإنه يراك[(٢)]. وبالتالى لا تجبر الزوجة الكارهة على البقاء فى عصمة زوجها، ولها أن تفارقه ولكن على أساس من الحق وخشية الله عز وجل.

وقد أعطى الشرع الزوجة الكارهة الحق فى طلب التطليق للضرر والحق فى طلب الخلع، وهما نظامان مختلفان عن التطليق لضرر تعدد الزوجات. فالتطليق للضرر هو تطليق لسوء عشرة الزوج لزوجته، بسلوكه معها مسلكًا مخالفًا للشرع، لا لمجرد شعورها

(١) تفسير القرطبى جـ ٣ ص ١٢٧.

(٢) وهو ما عرفه به المصطفى ﷺ فى حديث: «أتاكم جبريل يعلمكم أمور دينكم».

بآلام نفسية من زواجه عليها، لأن هذا الزواج أمر غير مخالف للشرع. والتطليق لضرر نظام عادل، يقوم على أساس من الحق وهو تسريح بإحسان فيه خشية لله عز وجل، لأنه يرفع الضرر عن الزوجة، كما يعطيها حقوقها كاملة بسبب إضرار الزوج بها المتمثل فى سلوكه معها مسلكًا مخالفًا للشرع. فإذا لم يكن الزوج يضرها، ولكنها كرهته أو شعرت بآلام نفسية من زواجه عليها رغم أنه قائم بحقوقها، ففى هذه الحالة لم يضيق الشرع عليها، ولم يجبرها على أن تعيش معه رغمًا عنها، وأعطاها الحق فى طلب الخلع، وهو نظام عادل، إذ يلزم الزوجة الكارهة بأن تدفع تعويضًا لزوجها عما يلحقه من ضرر بسبب إنهاء علاقتها الزوجية معه دون تقصير منه. والتعويض هنا فضلا عن عدالته، يحد من اندفاع الزوجة وراء عواطفها ورغبتها فى هدم الحياة الزوجية. والخلع يتم بالتراضى مع الزوج الذى قد يصالح زوجته أو عن طريق التقاضى بعد محاولات حكمين للصلح بين الزوجين، مما يؤدى إلى استقرار الأسرة. أما التطليق لضرر تعدد الزوجات، ولمجرد شعور الزوجة بألم نفسى عند جمع زوجها بينها وبين زوجة أخرى، هذا التطليق نظام يظلم الزوج بالحصول على حقوق المطلقة كاملة من مؤخر صداق ونفقة عدة ومتعة وأجرة الحضانة وما جعله القانون لها مسكن الحضانة!! وذلك كله يغرى الزوجة بطلب التطليق وعدم الحرص على رضا الزوج أو الصلح بينها وبينه، ويشجعها على هدم حياتها الزوجية. فإذا كان الزوج يعاشرها بالمعروف، لم يكن هذا التطليق تسريحًا بإحسان، إذ كيف يحكم القاضى به إذا كان يعبد الله كأنه يراه، فإن لم يكن يراه فهو سبحانه يراه! ولا يقال أن الزوج هو الذى دفع زوجته إلى ذلك بزواجه عليها، لأن الزوج لم يخطىء بزواجه الجديد، فهذا حقه المشروع، وبغير استعمال الزوج لهذا الحق لا تتحقق مقاصد تعدد الزوجات الذى أحله الله لصالح النساء ولصالح الرجال ولصالح المجتمع. وبالتالى فإن التطليق لهذا الضرر النفسى مخالف لنص القرآن فى التسريح بإحسان، كما أنه دوران حول نص القرآن فى الخلع يؤدى إلى تعطيله فى هذه الحالة[1].

رابعًا: كون الزواج الثانى فيه مظنة الضرر، لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً﴾، وقوله تعالى: ﴿وَلَن تَسْتَطِيعُوا أَن تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ﴾[2]، لا يعنى أن

(١) المرجع السابق، الدكتور عبد الناصر العطار، ص ٢٤٩ وما بعدها.

(٢) النساء: ١٢٩.

تعطى الزوجة الحق فى طلب التطليق لأى ضرر مادى أو معنوى أو نفسى . . . لأن الزواج الأول، وكل زواج، لا يخلو من ضرر، إذ أن الزواج قيد لكل من الزوج والزوجة يفرض على كل منهما واجبات معينة. والعدل مطلوب مع كل زوجة، سواء كان زوجها متزوجًا بغيرها، أو لم يكن معه سواها. ومن المستحيل أن يعدل الزوج مع زوجته الواحدة فى كل وقت، فكذلك العدل بين زوجاته غير مستطاع له، ولذلك قال عز وجل مع بيان هذه الحقيقة: ﴿وَلَن تَسْتَطِيعُوا أَن تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ﴾[1] فكان من رحمته أن رخص فى بعض الميل، كالحب القلبى، الذى أشار إليه المصطفى ﷺ فيما قال: «اللهم هذا قسمى، فيما أملك فلا تلمنى فيما تملك ولا أملك».

وطالما أن الزوج يعدل بين زوجاته العدل المستطاع، فلا يحتج عليه بقوله تعالى: ﴿وَلا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا﴾ كما لا يحتج عليه بقاعدة: «لا ضرر ولا ضرار» يؤكد ذلك أن الزوج استعمل حقًا جائزًا له شرعًا، ومن استعمل حقه استعمالاً مشروعًا لا يسأل عما يصيب غيره من ضرر نفسى أو غير نفسى، ولأن الضرر ـ الذى يجيز التفريق بين الزوجين ويستوجب الضمان ـ ليس هو كل ضرر، وإنما هو إلحاق مفسدة بالزوجة بغير حق، أو سلوك من الزوج مخالف للشرع، والضرار كذلك هو أن يدخل الشخص الضرر بغير حق على من أضره. ثم أن قاعدة: «لا ضرر ولا ضرار» هى أصل عام يندرج تحته عدة فروع منها يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام، ويختار أهون الضررين لدفع أعظمهما. وقد عرفنا أن طب الزوجة التطليق، لما أصابها من آلام نفسية بسبب جمع زوجها بينها وبين أخرى، هو دوران حول حق الرجل فى تعدد الزوجات يستهدف تعطيله والحد منه، وهو ما يؤدى إلى ضرر عام ومفاسد أعظم من الضرر الذى يصيب زوجة يتزوج عليها زوجها، لأنه يؤدى إلى زيادة الفائض من النساء غير المتزوجات، فيزيد أزمة الزواج حدة، كما يؤدى إلى كثرة الزواج العرفى وكثرة الطلاق، وظهور الانحرافات الخلقية.

خامسًا: ما قيل من إنكار النبى ﷺ على على بن أبى طالب الزواج على ابنته فاطمة رضى الله عنهما، لا يدل على أن للزوجة طلب التطليق لضرر تعدد الزوجات، وإنما يدل على أن لها طلب الخلع، كما يدل على للأب ألا يأذن لصهره فى الزواج على ابنته.

وبيان ذلك أن البخارى رضى الله عنه، روى هذا الحديث بسنده، عن المسور بن مخرمة: قال سمعت رسول الله ﷺ يقول على المنبر: أن بنى هشام بن المغيرة استأذنوا فى

(١) النساء: ١٢٩.

أن ينكحوا ابنتهم على بن أبى طالب[١]، فلا آذن، ثم لا آذن، إلا أن يريد علىّ بن أبى طالب أن يطلق ابنتى وينكح ابنتهم، فإنما هى بضعة منى، يريبنى ما أرابها ويؤذينى ما آذاها»[٢].

وقد استنبط الإمام البخارى من هذا الحديث، حكمين:

الحكم الأول: أنه يجوز للأب ألا يأذن بزواج صهره على ابنته، من باب صلة الرحم والغيرة على ابنته[٣].

فقد روى الحاكم[٤] عن أبى حنظلة: أن عليًا خطب بنت أبى جهل، فقال له أهلها: لا نزوجك على فاطمة ـ فكأن ذلك كان سبب استئذانهم رسول الله ﷺ. وروى ابن حبان فى صحيحه «فبلغ ذلك فاطمة فقالت: (لرسول الله ﷺ): أن الناس يزعمون أنك لا تغضب لبناتك، وهذا علىّ ناكح بنت أبى جهل»[٥].

ولم يرو عن الرسول ﷺ أنه اختص فاطمة رضى الله عنها بأحكام خاصة، بل الثابت عنه أنه كان يعاملها كما يعامل سائر المسلمين، وقد قال: «والذى نفسى بيده، لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها[٦]، وحاشا للرسول ﷺ أن يحيد عن العدل مع المسلمين فى معاملته، فلا يبيح الزواج على ابنته، بينما يبيح الزواج على بنات غيره، ﴿وَمَا يَنطِقُ عَنِ الْهَوَىٰ ۝ إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَىٰ﴾[٧].

يؤكد ذلك ما فى رواية الزهرى من زيادة فى الحديث، هى قوله ﷺ: «وانى لست أحرم حلالاً ولا أحل حرامًا، ولكن والله لا تجتمع بنت رسول الله وبنت عدو الله عند رجل أبدًا»[٨].

---

(١) وابنتهم هذه هى بنت أبى جهل، واسمه أبو الحكم عمرو بن هشام ابن المغيره.

(٢) فتح البارى بشرح البخارى جـ ١١ ص ٢٤٠ ـ٢٤٢، ص ٢٣٢.

(٣) فقد ترجم البخارى للحديث فى موضعين، أى استنبط منه حكمين: الأول فى باب: ذب الرجل عن ابنته فى الغيرة والإنصاف، أى فى دفع الغيرة عنها وطلب الإنصاف لها ـ فتح البارى بشرح البخارى جـ ١١ ص ٢٤٠ و٢٣٢ والثانى فى باب الشقاق وهو يشير بالخلع عند الضرورة وسيأتى.

(٤) هو أبو عبد الله محمد الحاكم النيسابورى ـ من علماء الحديث.

(٥) فتح البارى بشرح البخارى جـ ١١ ص ٢٤١.

(٦) صحيح مسلم بشرح النووى جـ ١١ ص ١٨٧

(٧) الآيتان ٣ و٤ من سورة النجم.

(٨) فتح البارى بشرح البخارى جـ ١١ ص ٢٤١.

كما يؤكد ما أخرجه الحاكم بإسناد صحيح إلى سويد بن غفلة، قال: خطب على بنت أبى جهل إلى عمها الحارث بن هشام، فاستشار النبى ﷺ، فقال: أعن حسبها تسألنى؟ فقال: لا، ولكن أتأمرنى بها؟ قال: لا، فاطمة مضغة منى، ولا أحسب إلا أنها تحزن أو تجزع. فقال على: لا آتى شيئًا تكرهه»(١).

وبالجمع بين رواية المسور ورواية الزهرى ورواية سويد، سالفة الذكر نجد الآتى:

(أ) أن الرسول ﷺ لا يحرم حلالاً أى لا يحرم تعدد الزوجات على زوج ابنته على بن أبى طالب ولا على غيره من المسلمين. يؤكد ذلك أنه ﷺ لم يعترض على رغبة على بن أبى طالب فى الزواج على فاطمة رضى الله عنها إلا بعد استئذانه، بدليل أن عليًا عندما استشار النبى ﷺ فى زواجه ببنت أبى جهل، قال له: أعن حسبها تسألنى؟ فقال على: لا، ولكن أتأمرنى بها؟ وعندئذ قال له المصطفى ﷺ لا، كما قال لأهل بنت أبى جهل: لا آذن، يؤكد ذلك أيضًا أن الرسول ﷺ، وضح أن اعتراضه ليس على تعدد زوجات على بن أبى طالب، وإنما على جمعه بين بنته وبنت أبى جهل بالذات، بحيث لو اختار على بن أبى طالب غيرها لما اعترض الرسول ﷺ.

وبنت أبى جهل كانت مسلمة حسنة الإسلام، ولم يمنع الرسول ﷺ عليًا من الزواج بها، فقد أجاز له ذلك إذا طلق ابنته خلعًا وإنما قال ـ فى حق ابنته فاطمة رضى الله عنها: انه يريبنى ما أرابها ويؤذينى ما آذاها، دالا بذلك على انه ﷺ يخشى أن يحدث بين ابنته فاطمة وبنت أبى جهل ما يحدث بين الضرائر من غيرة، قد تؤدى بفاطمة إلى ألا تتعامل مع بنت أبى جهل على أنها تساويها، لأن الغيرة قد تجعل فاطمة تنظر إلى أن والدها هو رسول الله ﷺ، وإلى بنت أبى جهل على أن والدها هو عدو الله، وعلى بن طالب إذا تزوجها كان عليه أن يساوى بينهما، لأن الإسلام أمر بالعدل بين الزوجات، وهذا كله قد يؤذى فاطمة ويريبها ويفتنها فى دينها.

---

(١) فتح البارى بشرح البخارى جـ ١١ ص ٢٤١. وهو ما يدل على أن على بن أبى طالب استأذن الرسول ﷺ، كما أن أهل بنت أبى جهل، وهم بنو هشام بن المغيرة، استأذنوا كذلك. فكرر الرسول ﷺ فى حديث: «لا آذن، ثم لا أذن».

(ب) كذلك صرح رسول الله ﷺ بأن هذا الحكم منه لا يحل حرامًا، فقد يصور البعض اعتراض الأب على زواج صهره بأخرى على ابنته بأنه حرام، على أساس أنه وقوف ضد حلال . . . فوضح الرسول ﷺ أن هذا التصوير خاطىء، لأن اعتراض الأب بالذات من باب صلة الرحم، يشير إلى ذلك قوله ﷺ: «إنما هى (أى فاطمة) بضعة منى» . . «وفاطمة مضغة منى».

والحكم الثانى: أن للزوجة التى تتأذى من مجرد زواج زوجها عليها، أن تطلب الطلاق على مال، أى الخلع من زوجها، فتعوضه عن فراقها له.

وهذا هو ما استنبطه البخارى راوى الحديث منه[(١)]، وهو استنباط صحيح حاول البعض أن يشكك فيه، مستندًا إلى أن الرسول ﷺ لم يذكر فى الحديث لفظ الخلع، وإنما ذكر: «إلا أن يريد ابن أبى طالب أن يطلق ابنتى». ويرد على ذلك بأن الخلع اصطلاح فقهى، لم يرد لفظه فى القرآن الكريم، وإنما ورد ذكره باعتباره طلاقًا على مال، فقال تعالى: ﴿الطَّلاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلاَّ أَن يَخَافَا أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلا تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُوْلَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾[(٢)] كما أن الرسول ﷺ يتحدث عن الخلع على أنه طلاق على مال، فقد روى البخارى فى باب الخلع وكيفية الطلاق فيه، عن ابن عباس أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبى ﷺ فقالت: يا رسول الله، ثابت بن قيس ما أعتب عليه فى خلق ولا دين (أى يمسكها بالمعروف) ولكنى أكره الكفر فى الإسلام (أى أنها تكره زوجها وتخشى أن تؤذى كراهيتها له إلى أن تسلك معه مسلك الكفار) فقال الرسول ﷺ: «أتردين عليه حديقته؟ (وكان قيس قد دفع لها الحديقة مهرًا لها) . . قالت: نعم. قال رسول الله (لقيس): «اقبل الحديقة، وطلقها تطليقة»[(٣)]. يدل على ذلك أيضًا أن قول الرسول ﷺ عن ابنته فاطمة رضى الله عنها: يريبنى ما أرابها ويؤذينى ما آذاها، أنه يتوقع أن يحدث الشقاق بينها وبين على بن أبى طالب إذا تزوج عليها بأخرى، وهو ما يستوجب بنص القرآن الكريم بعث الحكمين، وإذا ثبت أن الزوج

(١) فقد ترجم البخارى لهذا الحديث مرة أخرى فى باب آخر بعنوان: باب الشقاق، وهو يشير بالخلع عند الضرورة، وقوله تعالى: ﴿وإن خفتم شقاق بينهما﴾ الآية. انظر فتح البارى بشرح البخارى جـ ١١ ص ٣٢٢.

(٢) الآية ٢٢٩ من سورة البقرة.

(٣) فتح البارى بشرح البخارى جـ ١١ ص ٣١٦ ـ ٣١٩.

يعامل زوجته بالمعروف وأنها الكارهة، فلا يتم التفريق إلا على مال تعطيه الزوجة لزوجها فداء لنفسها(١).

وبالتالى لا يؤخذ من قصة خطبة على لبنت أبى جهل، ما يدل على أو زواج الرجل على زوجته يجيز لها طلب التطليق لضرر تعدد الزوجات والحصول على كامل حقوق المطلقة، وإنما يدل هذا الخبر على أن للزوجة الكارهة حق طلب الطلاق على مال تدفعه للزوج تعويضا عن فراقها له، طالمًا كان يعاملها بالمعروف. فإن أمسكها بغير المعروف تعين التسريح بإحسان، أى كان لها طلب التطليق مع كافة حقوق المطلقة.

سادسًا: التطليق لتعدد الزوجات، أو لضرر نفسى ناتج عنه يصيب الزوجة، أمر مخالف للثابت فى جميع المذاهب الإسلامية. وإذا كان المذهب المالكى قد أجاز التطليق للضرر، فإن مراجعه صريحة فى أن زواج الرجل بأخرى لا يعتبر ضرراً(٢).

وقد عرفت كتب المالكية الضرر الذى يعطى الزوجة طلب التطليق بأنه: «ما لا يجوز شرعًا». وتعدد الزوجات أمر جائز شرعًا، ومن يستعمل حقه فيه استعمالاً مشروعًا، بأن يعدل بين زوجاته العدل المستطاع، لايسأل عما يترتب على ذلك من ضرر. أما إذا آثر زوجة على أخرى بحيث أخل بأحكام العدل بين الزوجات إخلالاً غير جائز شرعًا، اعتبر هذا الإيثار ضرراً يجيز طلب التطليق، إذا كان لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثال الزوجين.

(١) وبديهى أن حكم الرسول ﷺ يغنى عن الحكمين، بالنسبة لامرأة ثابت بن قيس. وبالنسبة لفاطمة وعلى بن أبى طالب فهو ﷺ من أهلهما.

(٢) ففى الشرح الكبير للدردير ـ حاشية الدسوقى جـ ٢ ص ٣٤٥، ولها، أى للزوجة التطليق على الزوج بالضرر، وهو ما لا يجوز شرعًا، كهجرها بلا موجب شرعى، وضربها كذلك، وسبها وسب أبيها.. ويؤدب على ذلك زيادة على التطليق ... لا (أى ليس لها التطليق بمنعها من حمام أى حمام عمومى مثل السونا الآن والتدليك) وفرجة (أى نزهة) وتأديبها على ترك صلاة أو سكر أو تزوج عليها».

وفى حاشية حجازى على مجموع الأمير جـ ١ ص ٤٧٦، «وقوله بثبوت الضرر، أى بقطع كلامه عنها أو تولية وجهه عنها فى الفراش .. لا منع حمام أو تأديبها على الصلاة، أو سكر أو تزوج عليها».

وواضح من هذه النصوص أن زواج الرجل على زوجته (أو التسرى بأنثى من الرقيق تحل له) لا يعتبر ضرراً يجيز للزوجة التطليق.

ومن يتأمل الأمثلة التى ضربها الفقهاء لضرر، يجد أن معياره موضوعى لا شخصى، كمعظم معايير الفقه الإسلامى، فأمثلة الفهاء تدل على أن الضرر الذى يجيز التطليق هو سلوك الزوج مع زوجته مسلكًا غير جائز شرعًا، وبالتالى ينظر فى الضرر إلى سلوك الزوج، أى ما يصدر منه من أذى بالقول أو بالفعل لزوجته. كما ينظر فيه إلى ما إذا كان هذا السلوك موافقا أو مخالفًا للشرع، وإلى أمثال الزوجين، لا إلى الزوجين فحسب.

أما القول بالتطليق لضرر نفسى أصاب الزوجة من زواج زوجها عليها، فهو أمر ينظر فيه إلى نفسية الزوجة، بصرف النظر عن سلوك الزوج، وهو ما يتعارض مع الفقه المالكى، ويستحيل أن يكون تخريجًا على قواعده، بل ويتعارض مع نص القرآن الكريم فى قوله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ﴾ وهو ما يقتضى النظر إلى مسلك الزوج نفسه. فإذا كان يمسك زوجته بالمعروف، فإن ما قد يعتريها من ضيق أو ألم نفسى فهو عفو فى التشريع لا يناط به حكم، وأكثره من وساوس الشيطان، ويحدث فى الزواج الفردى ما يشبهه عندما يصل الزوج رحمه بأمه أو أخته، أو ابنته من زوجة مطلقة أو متوفاة، فقد تتضايق الزوجة من ذلك[١].

سابعًا: لا يصح القول بأن التطليق لضرر تعدد الزوجات، هو تخريج على مذهب الحنابلة الذى يجيز للزوجة أن تشترط على زوجها ألا يتزوج عليها، فإذا تزوج كان لها طلب فسخ العقد، ذلك أن التخريج نوع من الاجتهاد، والاجتهاد لا يقبل إذا كان دورانًا حول نص قطعى الثبوت والدلالة يجيز الزواج مثنى وثلاث ورباع، إذ لا اجتهاد مع النص الصريح. والحنابلة فى تصحيحهم للشرط سالف الذكر وأعمالهم لمقتضاه، لا يقيمون حكمهم هذا على افتراض أن ضررًا لحق الزوجة لجمع زوجها بينها وبين أخرى، ولا على تحقق ضرر نفسى نتيجة تعدد الزوجات، وإنما يقيمونه على أساس أن كل متعاقد يلزم بما تعاقد عليه مما لا يخالف الشرع. وفى نظرهم أنه طالما رضى الزوج بهذا الشرط فقد أسقط حقه فى الزواج بأخرى، بينما التطليق لضرر تعدد الزوجات يقضى القانون به ولو لم تشترط الزوجة على زوجها فى العقد ألا يتزوج عليها. كما أن الحنابلة ـ فى هذه الحالة ـ يجيزون للزوجة طلب فسخ العقد لا طلب التطليق. يضاف إلى ذلك أن جميع المذاهب

(١) المرجع السابق، الدكتور عبد الناصر العطار، ص ٢٥٨ وما بعدها.

الأخرى تخالف الحنابلة، ولا تصحح هذا الشرط وتعتبره مما يحرم الحلال، بدليل اتفاق جميع الفقهاء بما فيهم الحنابلة على حق الزوج فى مخالفة هذا الشرط والزواج بأخرى، ولو كان هذا الشرط صحيحًا لما جاز للزوج أن يخالفه. والمسلمون على شروطهم إلا شرطًا أحل حرامًا أو حرم حلالاً(١).

ثامنًا: تزوج الصحابة رضوان الله عليهم على زوجاتهم، دون أن يشترط عليهم رسول الله ﷺ أخذ رضا زوجاتهم، ولم يعتبر الألم النفسى الذى يصيب الزوجة من تعدد الزوجات ضررًا يجيز الحكم لها بكافة حقوق المطلقة إذا رغبت فى فراق زوجها، على الرغم من أن غيرة النساء طبع موجود فيهن فى كل عصر.

ومن المغالطة القول بأن الصحابة رضوان الله عليهم كانوا يعددون زوجاتهم، شأن البيئة والعرف، وقد تغير الآن، فيجب أن يتغير حكم تعدد الزوجات بتغير العرف بدليل أن الشافعى غير مذهبه لاختلاف العرف، كما أن الإسلام جاء ليرفع من شأن المرأة!!

وجه المغالطة:

(أ) أن الصحابة رضوان الله عليهم لم يكن تعدد زوجاتهم كله ودائمًا يرجع إلى البيئة والعرف، بل كانوا يتواصون بالزواج عملا بقول المصطفى ﷺ: «وإن من سنتنا النكاح» ولهذا رأى عمر بن الخطاب رجلا غير متزوج، فقال له: ما يمنعك من النكاح غير عجز أو فجور».

(ب) كما أن أحكام تعدد الزوجات والطلاق غير مبنية على العرف، وإنما هى مبنية على نصوص قرآنيه وردت عن رب العالمين، فى شريعته الباقية فى كل زمان ومكان، وهو سبحانه يعلم ما كان وما سيكون. وسبق أن ذكرنا أن الله عز وجل أوحى إلى رسوله النبى الأمى من أنباء الغيب أن النساء سيخرجن كاسيات عاريات فى آخر الزمان، مما يعنى أنهن سيشاركن فى الحياة العامة بالصورة التى نراها اليوم، كما أخبره أنه لن تقوم الساعة حتى نقاتل اليهود . . . إلخ، وبالتالى أطلع الله عز وجل رسوله النبى الأمى على عصرنا هذا.

---

(١) فى هذا المعنى الدكتور محمد بلتاجى فى دراسات فى الأحوال الشخصية ص ١٠٥ ـ ١١٨ وتقرير هيئة مفوض الدولة فى الدعوى ٢٨ سنة ٣ ق دستورية عليا ص ٩٤ ـ ٩٩.

ولو كانت أحكام تعدد الزوجات والطلاق مبنية على العرف لسكت القرآن الكريم عنها، ولتركها رسول الله ﷺ لاجتهاد الفقهاء، كما ترك تحديد أقصى سن حضانة النساء ـ على ما عرفنا ـ لما كان يعلمه من تغير حال النساء ومشاركتهن فى الحياة العامة فى آخر هذا الزمان.

(ج) والاجتهاد لا يكون فيما ورد به نص صريح. كما أن الاجتهاد فيما لم يرد به نص، يجب ألا يتعارض مع نصوص القرآن والسنة.

(د) والشافعى، عندما غير بعض آرائه فى مصر، عما كانت عليه عندما كان بالعراق، لم يغيرها بسبب اختلاف العرف، وإنما غيرها لدليل أقوى ظهر له، بعد أن درس من علم آل البيت، فقد التقى فى مصر بالسيدة نفيسة رضى الله عنها وكانت بينهما مجالس علم. يؤكد ذلك أن فقهاء الشافعية لا يقولون بالعمل برأى الشافعى القديم إذا كان العرف عرف العراق، وبرأيه الجديد إذا كان العرف عرف مصر، وإنما العبرة بالدليل الشرعى الأقوى. ولقد جاء الإسلام ليرفع من شأن المرأة حقًا، وشاع تعدد الزوجات لمقاصد كثيرة، أهمها: أن يفتح باب الرحمة أمام ملايين النساء غير المتزوجات حتى لا يعشن راهبات ولا ضائعات. والعرف اليوم يستدعى تشجيع تعدد الزوجات، لا الحد منه، فالظروف الاقتصادية اليوم ملأت جيوب الكثيرين بالمال بحيث أصبح حتى فى قدرتهم أن يفتحوا أكثر من بيت، كما أن الظروف الاجتماعية جعلت الرجل يجد المرأة حوله فى كل مكان، فى الوقت الذى ازداد فيه الفائض من النساء غير المتزوجات، فكان تشجيع تعدد الزوجات حلالا لا بديل له ولا مفر منه حتى يتحقق لكل فتاة زوج، وحتى نحل كثيرًا من المشكلات الاجتماعية.

تاسعًا: قوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً﴾ لم يخاطب الله عز وجل بها المسلمين الأوائل فحسب، بل يخاطب به كل المسلمين فى كل عصر وفى كل مكان. والمسلم اليوم الذى يقدم على تعدد الزوجات وهو يخاف ألا يعدل، يأثم ديانة، وان صح عقده قضاء.

أما إن تعدد الزوجات مشكلة اجتماعية. يتعين علاجها، وأن بعض الناس يستغل ما أحله الله تحت راية الإسلام، فيمارسه بما يشوه صورة المجتمع الإسلامى، فذلك السلوك

من بعض الأزواج المبنى على فهم خاطىء لأحكام تعدد الزوجات، لا يقتضى تقييد التعدد ولا الدوران حول نصوص القرآن لتعطيلها بتمكين الزوجة من طلب التطليق لضرر نفسى فى تعدد الزوجات، وإنما يقتضى توعية الأزواج والزوجات بأحكام الزواج، وأنه يشترط فيه الباءة أى القدرة على القيام بما يتطلبه من أعباء، وبأحكام العدل بين الزوجات، وتلك مهمة أجهزة الدعوة الإسلامية ووزارة الثقافة ووزارة الإعلام وغيرهم.

وأما المفاسد التى يراها المنادون بتقييد تعدد الزوجات، فى المشكلات التى تنشأ بين الزوجات والأولاد، فيمكن الحد منها عن طريق التربية الدينية الصحيحة، وعن طريق الأخذ بممارسة أحكام الإسلام من صلح بين الزوجين وبعث للحكمين. ثم أن المفسدة التى تسدها الذريعة أن تكون مفسدة فى نظر الشرع، لا مفسدة يتوهمها ولى الأمر أو كاتب من الكتاب. وتعدد الزوجات مع العدل بينهن لا يعتبر مفسدة، ولا يؤدى إلى مفسدة، فكيف يسد بابه؟! كما أن المفسدة هى التى تكون كذلك فى نفسها. ولكن القانون وأنصاره يجعل التعدد مفسدة فى حالة ما إذا ادعت الزوجة أنه أصابها ألم نفسى منه، ورفضت الصلح، ولم ترض صراحة أو ضمنًا به، ولم تفت سنة عليه إلا وطلبت التطليق، بينما لا يعتبر التعدد فى نظر القانون مفسدة إذا لم تتوافر هذه الشروط. فمتى كانت المصلحة فى التعدد والمفسدة فيه تتبع رضا الزوجة وسخطها، فهى إن رضيت كان للرجل أن يعدد زوجاته وإن سخطت لم يكن له أن يعدد زوجاته، وبالتالى لا يكون تعدد الزوجات حقًا للرجل، وإنما يصبح المدار فيه على رضا الزوجات، وهو ما يلغى تعدد الزوجات، وإنما بصورة مقنعة[١].

عاشرًا: يحرض هذا القانون الزوجة التى تزوج عليها زوجها على طلب الطلاق. كما أن الزوجة بطلبها الطلاق قد تحرض الزوج على طلاق زوجته الأخرى. وهذا حرام ومخالف للشرع. وقد ورد عن النبى ﷺ أنه قال: «لا يحل لامرأة أن تسأل طلاق أختها لتستفرغ صحفتها، فإنما لها ما قدر لها».

---

(١) فى هذا المعنى: تقرير هيئة مفوضى الدولة فى القضية ٢٨ سنة ٣ ق دستورية عليا ص ١٧٣ و١٧٤.

وإذا كان تعدد الزوجات حلالاً، والطلاق حلالاً إذا لم يكن طلبًا من الزوجة بطلاق ضرتها، فإن الطلاق أبغض الحلال إلى الله. فكيف نشجع أبغض الحلال إلى الله، لمجرد ممارسة حلال آخر، حتى فى الحالات التى يكون فيها تعدد الزوجات بغيضًا إلى الله عز وجل، كما لو كان مكروهًا ديانة. وما بالك لمن يحكم بالتطليق، وهو أبغض الحلال إلى الله عز وجل، فى الحالات التى يكون فيها تعدد الزوجات فيها بغيضًا إلى الله بل مستحبًا يثاب فاعله أو واجبًا يأثم تاركه؟

أحد عشر: الأخذ بالضرر النفسى، على النحو السابق، يجعل الطلاق ـ فى هذه الحالة ـ بيد الزوجة بغير تفويض من الزوج، وهو ما يتعارض مع نصوص القرآن والسنة فى الطلاق ويخالف الشرع، لأن دور القاضى فى هذه الحالة لن يتجاوز إثبات أن الزوجة تدعى ألما نفسيًا أصابها من الجمع بينها وبين زوجة أخرى، وأنه عجز عن الصلح لرفض الزوجة أو وكيلها له، مما يتعذر معه دوام العشرة بين أمثال الزوجين. وبذلك يكون الطلاق بيد الزوجة، بصورة غير مباشرة. ونصوص القرآن تؤكد أن الطلاق حق الزوج على زوجته، فقد قال تعالى: ﴿**فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَا** ...﴾(١)، وقال سبحانه: ﴿**وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ** ..﴾(٢). وقال عز وجل: ﴿**لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ** ..﴾(٣).

وإذا قيل أن للزوج أن يثبت رضا زوجته صراحة أو ضمنًا بزواجه بأخرى، فيحكم برفض طلبها التطليق، لكان معنى هذا أن حق الرجل فى الزواج على امرأته يرجع إلى رضاها أو عدم رضاها بذلك، وهو دوران حول نصوص تعدد الزوجات يستهدف تعطيل العمل بها، وقد أجمع العلماء على أن حق الزوج فى التعدد قائم شرعًا، ولو عارضته زوجة فى عصمته(٤).

---

(١) الآية ٢٣٠ من سورة البقرة.

(٢) الآية ٢٣١ من سورة البقرة.

(٣) الآية ٢٣٦ من سورة البقرة.

(٤) من تقرير هيئة مفوضى الدولة فى الدعوى ٢٨ سنة ٣ ق دستورية عليا ص ١٣٥ و١٣٧ و١٩٤.

ثانى عشر: اعتبار الضرر فى تعدد الزوجات هو ما تشعر به الزوجة من ألم نفسى مع رفضها الصلح، يوقع كلا من الزوج والزوجات فى حرج بالغ، ويخالف قول الله تعالى: **﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾**(١).

فقد تحمل لنا أحكام المحاكم نماذج كثيرة، منها مثلا زوجة عقيم لا تنجب، تزوج زوجها بغير رضاها، فتألمت نفسيًا وطلبت الطلاق منه ورفضت الصلح بما يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما، كما طلبت الزوجة الجديدة التى أخفى عنها زواجه بأخرى، فإذا قضت المحكمة للزوجتين بالطلاق، لأسفر ذلك عن مطلقتين وزوج يعيش بلا زوجة وبلا نسل!

ولا شك أن الرجل يصبح مع هذا الحكم بين خيارات صعبة، فهو بين أن يعيش مع زوجة قد لا يحقق معها المقاصد الشرعية من الزواج، وبين أن يطلقها ليتزوج غيرها، أو تطلب هى تطليقها وهو غير راغب فى ذلك. كما أن المرأة تقع فى حرج أبلغ من ذلك، لأن الزوجة التى يتزوج زوجها عليها كانت قبل تطبيق هذا الحكم تحافظ غالبًا على استمرار بقائها مع الزوج ومع أولادها منه مؤكدة أن الزوج راغب فيها، وكان معها حق بدليل أنه لم يطلقها، ثم أصبحت بعد تطبيق هذا الحكم مدفوعة إلى طلب الطلاق تحت ضغط أقاربها أو جاراتها أو صديقاتها اللاتى قد يسخرن منها إذا لم تطلب الطلاق بعد أن جعله القانون حقًا لها!!

مما سبق وغيره كثير يتضح لنا أن هذه المادة من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ لا تتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية ويجب إعادة النظر فيها مرة أخرى والله ولى التوفيق..

* * *

(١) الحج: ٧٨.

الباب الثالث
فى الولاية والوكالة والكفاءة

الفصل الأول
الولاية فى الزواج

معنى الولاية وأقسامها:

الولاية - بكسر الواو وفتحها - لغة: النصرة والقدرة وهى مصدر ولى الشىء، يليه، وولى عليه: إذا ملك أمره وتولى شئونه والولى: الوصف منه، وهو فى اللغة له معنيان: أحدهما الناصر والمعين، وثانيهما: القائم بأمر الشخص والمتولى شئونه.

والولاية عند الفقهاء: «سلطة شرعية، تمكن صاحبها من مباشرة العقود والتصرفات وترتب آثارها عليها دون توقف على إجازة أحد سواء بالنسبة لنفسه أو بالنسبة لغيره جبرًا عنه، وسواء كان ذلك فى الشئون العامة كولاية الحكام والقضاة أم فى الشئون الخاصة كما هو الشأن فى الأب والوصى بالنسبة للصغير مثلاً والقيم بالنسبة للمجنون.

والولاية فى الشئون الخاصة قد تكون ولاية على النفس أو ولاية على المال أو ولاية عليهما معا.

يهمنا هنا فى مجال عقد الزواج أن نبحث عن الولاية على النفس فقط سواء كانت للأقارب كالأب ونحوه أو لصاحب سلطة عامة كالقاضى[1].

والولاية فى الزواج: وهى القدرة على إنشاء عقد الزواج نافذًا دون توقف على إجازة أحد. وهى نوعان:

ولاية قاصرة، وولاية متعدية.

---

(١) أحكام الأسرة للدكتور محمد فرحات ص ١٦١.

أولاً ـ الولاية القاصرة وعقد الزواج:

الولاية القاصرة وهى سلطة تزويج الإنسان نفسه دون توقف على رضا أحد. ولقد اتفق الفقهاء على ثبوتها للرجل البالغ العاقل، فإذا زوج نفسه ممن يشاء كان زواجه صحيحًا غير موقوف على إجازة أحد، وليس لغيره حق الاعتراض عليه سواء تزوج بمهر المثل أو بأكثر منه وسواء تزوج بمن تناسبه أو لا تناسبه.

أما المرأة البالغة فقد اختلف الفقهاء فى ثبوت الولاية لها على ثلاثة أقوال:

القول الأول: ذهب المالكية والشافعية والحنابلة وكثير من الصحابة إلى أنه ليس لها أن تتولى عقد زواجها ولا زواج غيرها وإنما الذى يزوجها هو وليها(١) واستدلوا على ذلك بما يلى:

١ ـ قوله تعالى: ﴿ وَأَنكِحُوا الأَيَامَىٰ مِنكُمْ ﴾، وقوله جل شأنه: ﴿وَلا تَنكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ ﴾(٢) فالخطاب فى الآيتين موجه إلى الأولياء فكان دليلاً على أن الزواج إليهم لا إلى النساء.

٢ ـ الأحاديث الكثيرة الواردة فى هذا الموضوع منها أن النبى ﷺ قال: «لا نكاح إلا بولى» وقال: «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل، فنكاحها باطل فإن دخل فلها المهر بما استحل من فرجها، فإن اشتجروا فالسلطان ولى من لا ولى له». وقال: «لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها فإن الزانية هى التى تزوج نفسها»(٣).

٣ ـ الزواج له مقاصد سامية يعقد لأغراض قد لا تتحقق مع كل زوج ويتطلب خبرة بأحوال الرجال ومعرفة بمن يصلح منهم للحياة الزوجية ومن لا يصلح والمرأة غير متيسر لها الوقوف على احوال الرجال لقلة تجاربها وسرعة تأثرها وانخداعها بزخرف القول، ولاسيما أنها تخضع لحكم العاطفة وقد تتعجل بالموافقة على الزواج من رجل لا يصلح للزواج فكان

(١) ويسمون الولاية فى الزواج ـ فى جانب الثيب ـ ولاية شركة لاشتراك الثيب معه فى اختيار رغم انفراده بمباشرة العقد. وفى جانب البكر ولاية إجبار.

(٢) البقرة: ٢٢١.

(٣) نيل الأوطار جـ ٦ ص ١١٨ وما بعدها، سبل السلام جـ ٣ ص ١٢٧ وما بعدها.

من المصلحة جعل الزواج بيد الرجال لأنهم أخبر بذلك من النساء لكثرة اختلاطهم وممارستهم لشئون الحياة.

القول الثانى: وذهب أبو حنيفة وزفر وأبو يوسف فى ظاهر الرواية إلى أن المرأة البالغة العاقلة يجوز لها أن تباشر عقد زواجها بنفسها ومع ذلك يرون استحباب مباشرة الولى عقد زواج موليته البالغة العاقلة ويسمون هذه الولاية ولاية استحباب. ولا اعتراض لأحد عليها متى كان الزوج كفئًا والمهر مهر المثل ويصح أن توكل غير وليها فى زواجها كما يجوز لها أن تزوج غيرها ويستدلون على ذلك بما يأتى:

١ ـ أن القرآن الكريم قد أسند عقد النكاح إلى المرأة فى أكثر من آية والأصل فى الإسناد أن يكون للفاعل الحقيقى من هذه الآيات قوله تعالى: ﴿**فَإِن طَلَّقَهَا فَلا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ**﴾(١)، وقوله: ﴿**فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ**﴾(٢) فهذه الآيات الكريمة تدل على أن نكاح المرأة ومراجعتها وما تفعله فى نفسها بالمعروف يصدر عنها وتترتب آثاره من غير توقف على إذن الولى ولا مباشرته للعقد عليها(٣).

٢ ـ ما ورد فى السنة النبوية من أحاديث كثيرة تدل على أن للمرأة حق الولاية على نفسها منها قوله ﷺ: «الأيم(٤) أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن فى نفسها واذنها صماتها» وفى رواية أخرى: «الثيب أحق بنفسها»(٥) فهذا الحديث الصحيح يدل على أن المرأة أحق من الولى فى مباشرة عقد زواجها.

وأيضا ما ورد فى تزوج الرسول (أم سلمة) لما بعث إليها يخطبها إلى نفسها قالت: ليس أحد من أوليائى شاهدًا فقال: «ليس أحد من أوليائك شاهدًا ولا غائبًا يكره ذلك»(٦).

فقد دل هذا على أن العقد لا تتوقف صحته على مباشرة الولى وأنه ليس للأولياء الاعتراض حيث تتحقق الكفاءة.

---

(١) البقرة: ٢٣٠.
(٢) البقرة: ٢٣٤.
(٣) فتح القدير جـ ٣ ص ٢١٨، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٩.
(٤) الأيم: المرأة التى لا زوج لها بكرًا كانت أو ثيبًا.
(٥) نيل الأوطار جـ ٦ ص ١٢١ وما بعدها.
(٦) نيل الأوطار جـ ٦ ص ١٢٣.

٣ ـ المرأة البالغة العاقلة لها حق التصرف فى أموالها بنفسها اتفاقًا فإن تتصرف فى أمر يتعلق بنفسها لا ولى ولا ضير على الأولياء من ذلك، لأن لهم حق الفسخ إذا ما تزوجت بغير كفء. يقول ابن القيم: «أن البكر البالغة العاقلة الرشيدة لا يتصرف أبوها فى أقل شيء من ملكها إلا برضاها ولا يجبرها على إخراج اليسير منه بدون إذنها فكيف يجوز أن يخرج نفسها منها بغير رضاها؟ ومعلوم أن إخراج مالها كله بغير رضاها أسهل عليها من تزويجها بمن لا تختاره.

القول الثالث: وذهب أبو ثور والشافعى إلى أنه لابد فى عقد الزواج من رضا المرأة ووليها بكرًا كانت أو ثيبًا لأن الزواج يربط بين أسرتين برباط الألفة والمحبة ويضيف إلى أسرة الزوجة عضوًا جديدًا يختلط بها ويطلع على أسرارها فلا يصح فى عقد هذا شأنه أن يهمل فيه رأى الولى أو يتعارض فيه عن رأى المرأة وبذلك تنتظم العلاقات الأسرية[١].

فإذا ما تحقق الرضا صح الزواج سواء باشرته المرأة أو وليها فليس لأحدهما أن ينفرد به دون رضا الآخر وأن الأنوثة لم تعهد فى الشرع مبطلة للعقود، وأن المرأة فى الإسلام تتصرف كما يتصرف الرجل، غير أنه يستحب أن يقوم الولى بمباشرة العقد صيانة لها من الابتذال وحفظًا لحيائها وحشمتها. هذا وحق المرأة أقوى من حق الولى لأن الأمر لها بكرًا كانت أو ثيبًا. وليس للولى أن يجبرها على الزواج بمن لا ترضى عنه وإن امتنع الولى من تزويجها أو الإذن لها بغير حق فلها ـ بعد استرضائه بالحسنى ـ أن ترفع أمرها إلى القاضى ليزوجها أو يأذن لها فى الزواج، لأن رفع الظلم إليه ولذلك جاء فى الحديث الشريف: «فإن تشاجروا فالسلطان ولى من لا ولى له» يكف الظالم عن ظلمه ويرد الحق إلى نصابه.

وقول أبى ثور: هذا هو ما نرجحه لأنه رأى وسط يجمع بين النصوص ويتفق مع المعقول والمصلحة، وبه تنتظم علاقات الأسرة وينقطع سبب من أسباب الشقاق بينهما، وإن كان العمل يجرى الآن على رأى الحنفية القائل: بجواز مباشرة المرأة العاقلة البالغة الرشيدة عقد زواجها بنفسها مع حفظ حق الولى فى الاعتراض، إذا كان الزوج غير كفء للزوجة، أو كان الزواج بأقل من مهر المثل، ما لم تلد أو يكون هناك حمل ظاهر، أو يسكت الأولياء.

(١) المغنى والشرح الكبير جـ ٧ ص ٢٣٨ وما بعدها، المجموع شرح المهذب جـ ١٦ ص ١٤٩ .

رضا المرأة بالزواج:

إذا أراد الولى تزويج المرأة البالغة العاقلة فلابد لنفاذ هذا العقد عليها من رضاها عند الحنفية وهذا الرضا يختلف باختلاف حال المرأة بحسب البكارة والثيوبة، فإن كانت بكرًا[1] اعتبر سكوتها عند الاستئذان رضا بالزواج لقول النبى ﷺ: «والبكر تستأذن فى نفسها وإذنها صماتها» أى سكوتها، فهذا الحديث يبين لنا أن البكر يُكتَفَى فى معرفة رضاها بالسكوت لأن حياءها يمنعها من التصريح ومثل السكوت فى هذا كل ما يدل على الرضا بالزواج كالابتسام والضحك إذا كانت قرائن الأحوال تدل على الرضا، أما إذا كانت قرائن الأحوال تدل على عدم الرضا فلا يكون إذنًا بالزواج، وأما إن صاحب السكوت ما يدل على الرفض وعدم الموافقة كالبكاء أو الإضراب عن الطعام فلا تكون راضية وإنما تكون كارهة لهذا الزواج.

وإذا كانت المرأة ثيبًا[2] فلابد من رضاها بالزواج، صراحة وقد بينت الأحاديث أن الثيب أحق بنفسها من وليها ولأن ممارستها للرجال تجعلها لا تستحى من التصريح برغبتها فى الزواج ولهذا لا يُكتفَى بسكوتها عند الاستئذان.

ثانيًا: الولاية المتعدية فى الزواج:

أما الولاية المتعدية فالمراد بها أن يكون للإنسان حق تزويج غيره جبراً عليه، وتعرف بولاية الإجبار وهناك نوع آخر من الولاية يسميه الحنفية ولاية الندب والاستحباب وهى الولاية على المرأة البالغة العاقلة بكرًا كانت أم ثيبًا لأن لهذه المرأة أن تتولى تزويج نفسها بمحض اختيارها وإرادتها عند الحنفية، لكن يستحب لها أن توكل أمر العقد إلى وليها، وفقهاء المذاهب الأخرى يسمون هذا النوع من الولاية ولاية شركة، لاشتراك المرأة إذا كانت

---

(١) البكر: هى التى لم يسبق لها الزواج أو تزوجت وفارقت زوجها قبل الدخول بها، ومثلها التى زالت بكارتها بوثبة أو مرض أو تعنيس ولم تتزوج، وزاد أبو حنيفة من زالت بكارتها بزنا، دون أن يقام عليها الحد ولم يتكرر منها الزنا.

(٢) الثيب: من زالت بكارتها بالدخول فى زواج صحيح، أو فاسد، أو بشبهة، وأيضًا التى زالت بكارتها بالزنا مطلقًا عند الشافعى، وصاحبى أبى حنيفة، أما أبو حنيفة: فالزانية لا يعتبرها ثيبًا إلا إذا أقيم عليها الحد. أو تكرر منها الزنا (فتح القدير جـ ٢ ص ٤٠٢).

ثيبًا مع وليها فى اختيار الزوج ثم يتولى الولى مباشرة عقد الزواج لأنها لا يجوز لها عندهم أن تتولى عقد الزواج.

أسباب الولاية المتعدية:

١ ـ الملك: وهو أن يزوج السيد مملوكه ذكرًا كان أو أنثى.

٢ ـ القرابة النسبية: وهى الصلة التى تربط بين الشخص وأقاربه من النسب كولاية أب على ابنه أو ابنته، وولاية الأخ على أولاد أخيه الصغار.

٣ ـ القرابة الحكمية: وهى نوعان:

(أ) الصلة بين السيد ومن أعتق كولاية المعتق على من أعتقه.

(ب) الاتفاق بين شخص ليس له أقارب مع شخص آخر على أن ينصره ويغرم عنه إذا جنى ويرثه إذا مات ويسمى هذا الشخص مولى الموالاة ويثبت له بمقتضى هذا الاتفاق ولاية التزويج. فإذا كان لأبى الصغيرة ومن فى حكمها مولى موالاة كان له ولاية تزويجها إذا لم يكن لها أحد من جهة القرابة النسبية أو العصبة السببية.

٤ ـ الإمامة: وهى ولاية الحاكم أو نائبه على أفراد رعيته فله تزويج الصغير أو الصغيرة ومن فى حكمهما بالولاية العامة، وله أن ينيب عنه من يشاء من نوابه كالقضاة، كما له أو نائبه أن يزوج المرأة إذا امتنع أولياؤها عن تزويجها الكفء متى ثبت عضلهم.

شروط الولى:

١ ـ أن يكون كامل الأهلية بأن يكون بالغًا عاقلاً حرًا، واختلف الفقهاء بالنسبة للمحجور عليه للسفه فمنهم من يجيز ولايته فى التزويج لأنه إنما حجر عليه فى المال فقط خوفًا من اضاعته وذلك مأمون فى تزويج ابنته مثلاً فيجوز له أن يعقد عليها كالمفلس ومنهم من قال يمنع من ولاية التزويج لأنه لا يزوج نفسه فلا يكون وليًا على غيره.

٢ ـ أن يكون متحدًا فى الدين مع المولى عليه، إلا الإمام حيث تثبت له الولاية على أفراد رعيته من المسلمين أو غيرهم، لأن الإمام له الولاية العامة التى لا تتحقق مصالح الكافة إلا بها.

٣ ـ ألا يكون مشهوراً بسوء الاختيار وهذا عند الحنفية.

٤ ـ أن يكون عدلا وهذا عند جمهور الفقهاء غير الحنفية أما الحنفية فلا يشترطون ذلك، والعمل يجرى على مذهب الحنفية.

من تثبت عليه ولاية الإجبار؟

ذهب الحنفية إلى أن: ولاية الإجبار تثبت على الصغير والصغيرة، ومن فى حكمهما (المجنون والمجنونة والمعتوة والمعتوهة). والعلة فى ثبوتها عندهم هى الصغر، وما فى معناه، ولا دخل للبكارة أو الثيوبة فى ذلك، وعلى هذا الرأى، يجرى العمل فى المحاكم المصرية.

وليس هناك مانع شرعى يمنع الأولياء من أن يزوجوا الصغار إجباراً بعقود عرفية[1]، إذ لم يتعرض القانون المعمول به حاليًا لصحة عقد الزواج بالنسبة للصغير أو الصغيرة ولكن هناك مانع قانونى يمنع سماع دعوى الزوجية عند التنازع فيها إذا كان سن الزوجة أقل من ١٦ سنة أو سن الزوج أقل من ١٨ سنة عند رفع الدعوى وهذا ما جاء به القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١. وذهب جمهور الفقهاء إلى ثبوت هذه الولاية على كل من يحتاج إلى الزواج ويعجز عن اختيار الزوج الملائم ذكراً كان أو أنثى واتفقوا على أن عليها ثبوتها فى الذكر الصغر وما فى معناه وأما فى الأنثى فذهب المالكية إلى أن علة ثبوتها الصغر أو البكارة وما فى معناها وذهب الشافعية وأحمد فى رواية عنه إلى أن علة ثبوتها البكارة فقط. والراجح هو ما ذهب إليه الحنفية للأحاديث الكثيرة التى صرحت بوجوب إستئذان البكر، ولا شك فى أن إثبات ولاية الإجبار عليها إلغاء لهذه الأحاديث.

من تثبت له ولاية الإجبار؟

١ ـ ذهب مالك وأحمد إلى ثبوتها للأب فقط ويقوم مقام الأب وكيله فى الحياة ووصية بالتزويج بعد الوفاة.

(١) أما العقود الرسمية فهناك قانون يحدد سن الزواج بألا يقل سن الزوجة عن ١٦ سنة والزوج عن ١٨ سنة ويقضى هذا القانون بمنع المأذونين من مباشرة عقد الزواج أو إجراء التصادق عليه إذا قل سن أحد الزوجين عن السن المقدرة.

٢ ـ وذهب الشافعى إلى ثبوتها للأب والجد فقط لكمال شفقتهما والحرص على مصلحة المولى عليه.

٣ ـ وذهب الحنفية إلى ثبوتها للأب والجد وغيرهما من العصبات النسبية بنفس ترتيبهم فى الميراث ترتيب العصبة النسبية جهة البنوة فجهة الأبوة فجهة الأخوة وقدم محمد بن الحسن جهة الأبوة على جهة البنوة. فإذا وجد أكثر من واحد من جهة واحدة قدم الأقرب درجة، فإذا وجد أكثر من واحد متحدين فى الجهة والدرجة قدم الأقوى قرابة، فإذا اتحدوا فى الجهة والدرجة وقوة القرابة واستوفى كل منهم شروط الولاية كانت الولاية لهم جميعًا فلأى واحد منهم أن يعقد العقد. ويستدلون على ذلك بقول الرسول ﷺ: «الإنكاح إلى العصبات».

فإن لم يوجد عاصب بالنفس فقال أبو حنيفة ومعه أبو يوسف فى الأصح عنه أن الولاية بعد العصبات النسبية للعصبات السببية[1] بنفس الترتيب، فإن لم يوجد تنتقل إلى سائر أقاربه من غير العصبة[2] ثم لمولى الموالاة، ثم للإمام لقوله ﷺ «السلطان ولى من لا ولى له».

وقال محمد ليس لغير العصبات ولاية فإن لم يوجد عاصب نسبى انتقلت الولاية إلى الإمام.

غيبة الولى الأقرب:

إذا كان لفاقد الأهلية أو ناقصها ولى خاص كالأب أو الأخ وغاب بحيث لا ينتظر الخاطب الكفء عودته أو أخذ رأيه كان لمن يليه أن يتولى عقد الزواج، فإذا تولاه كان العقد صحيحًا نافذا لازما لأنه صدر عن ولاية تامة فلا يكون لأحد حق إبطاله.

(١) العاصب السببى هو مولى العتاقة وعصبته النسبية.

(٢) وترتيبهم فى الولاية يكون على حسب قوة القرابة وكمال الشفقة فتقدم الأم على الجد مطلقًا وتقدم البنت على ابن البنت وبنت الابن وهكذا.

عضل المولى:

إذا امتنع الولى عن تزويج موليته بغير حق كان عاضلاً والعضل ظلم ومتى ثبت العضل كان للمرأة أن ترفع الأمر إلى القاضى ليرفع الظلم عنها وفى هذه الحال يأمره القاضى بتزويجها فإن امتثل فبها ونعمت وإن امتنع زوجها القاضى نيابة عنه ولا تنتقل الولاية للولى الأبعد بسبب عضل الولى الأقرب على الرأى الراجح.

الفرق بين الولى الغائب والولى العاضل:

الغيبة أمر حسى، ويعتبر الغائب كالمعدوم فتنتقل الولاية إلى الولى الحاضر من غير حاجة إلى رفع الأمر إلى القاضى.

وأما العضل فأمر تقديرى وربما كان امتناع الولى لمصلحة يراها لذا يرفع الأمر إلى القاضى حتى إذا تبين ظلم المولى بامتناعه من تزويجها ولم تكن هناك مصلحة رفع الظلم وزوجها.

مراتب تزويج الأولياء:

١ ـ إذا كان المزوج للصغير ومن فى حكمه، الأب والجد العاصب أو الابن وكانوا معروفين بحسن الرأى والتدبير يكون الزواج صحيحًا ونافذًا ولازمًا للمولى عليه لا يثبت به خيار الفسخ عند البلوغ أو الإفاقة حتى ولو كان الزواج بغير كفء أو كان بغبن فاحش فى مهر المثل عند أبى حنيفة وذلك لوفور شفقة هؤلاء الأولياء وشدة حرصهم على مصلحة من لهم الولاية عليهم، ويرى الصاحبان أن الزواج غير لازم إلا إذا تحققت الكفاءة ومهر المثل. ورأى أبى حنيفة هو المفتى به.

٢ ـ أما إذا كان معروفًا بسوء اختياره وتقديره كان العقد صحيحًا ونافذًا ولازمًا إذا تحققت الكفاءة وتحقق مهر المثل اتفاقًا أما إذا لم يتحقق واحد منهما لم يصح العقد لأنه معروف بسوء التصرف والاختيار فلا يوثق برأيه.

٣ ـ وإذا كان الولى غير هؤلاء فإنه يكون صحيحًا ونافذًا بشرط الكفاءة ومهر المثل ولكنه غير لازم فللمولى عليه حق فسخه عند البلوغ وعند الإفاقة، وإذا كان الزواج بغير كفء أو بغبن فاحش فى المهر لم يصح العقد، إذ ليس لواحد منهم ما للأب والجد من وفرة الشفقة

حتى يظن به أنه ترك ذلك إلى ما هو خير منه بالنسبة للصغير مثلاً والفسخ عند البلوغ والإفاقة إذا كان الزواج بكفء وبمهر المثل لا يتم بمجرد قول المولى عليه واختياره عند بلوغه أو إفاقته بل لابد أن يصدر به حكم من القاضى بعد أن يتحقق من عدم سبق المولى عليه الرضا بالعقد صراحة أو دلالة بعد انتهاء الولاية عليه، ويكون الزواج صحيحًا ونافذًا تترتب عليه آثاره إلى أن يحكم القاضى بالفسخ. ولهذا لو مات أحدهما قبل ذلك ورثه الآخر، كما يتأكد المهر بالدخول أو الموت قبل الفسخ.

* * *

الفصل الثانى
الوكالة فى الزواج

القاعدة العامة فى الوكالة: أن من ملك تصرفًا من التصرفات جاز له أن يباشره بنفسه، وله أن يوكل عنه غيره بمباشرته. وليس للوكيل أن يوكل غيره إلا بإذن صريح من الموكل أو تفويض منه كأن يقول له: وكلتك بكذا ولك أن توكل به غيرك أو فوضت إليك هذا الأمر. والتوكيل فى عقد الزواج لا يشترط لصحته الإشهاد عليه وقت صدوره لأنه أمر خارج عن عقد الزواج نفسه، ولكن ينبغى الإشهاد عليه لإثباته عند إنكاره كذلك يصح التوكيل بالعبارة أو الكتابة وبكل ما يظهر التعبير عن الإرادة.

والوكالة فى الزواج قد تكون من الرجل الذى يريد أن يتزوج وقد تكون من المرأة التى يراد الزواج بها، وقد تكون من الولى الشرعى الذى أعطاه المشرع السلطة فى القيام بهذا الأمر.

ولا خلاف بين الفقهاء فى صحة توكيل الزوج لغيره فى القيام بتزويجه بمن يشاء، والشرط فيه أن يكون كامل الأهلية حتى تصح وكالته لغيره لأنه لما كان يملك تزويج نفسه جاز له أن يوكل غيره فى القيام بتزويجه وقد ثبت أن النبى ﷺ وكَّل أبا رافع فى تزويجه ميمونة ووكَّل عمرو بن أمية فى تزويجه أم حبيبة[١].

وقد اختلف الفقهاء فى صحة توكيل المرأة البالغة العاقلة فى تزويج نفسها فأجاز الحنفية ذلك وقالوا: يصح منها التوكيل كما يصح من الرجل لأن من حقها أن تنشىء العقد فمن حقها كذلك أن توكل عنها من يقوم بإنشائه ومنع ذلك جمهور الفقهاء لأنه ليس للمرأة أن تزوج نفسها فليس لها أن توكل عنها من يقوم بزواجها وإنما الذى يزوجها هو وليها الذى يملك الأمر دونها ويحتاج إلى رضا المرأة فى العقد دون توكيل عنها.

كما اتفق الفقهاء على أن الوكالة تصح فى الزواج من الولى المجبر فله أن يوكل رجلاً غيره ليقوم بتزويج ابنته من الكفء المتقدم لزواجها مع ملاحظة أن الولى ليس بوكيل عن

---

(١) الأم جـ ٥ ص ١٤، منار السبيل فى شرح الدليل جـ ٢ ص ١٥٤.

المرأة لأنه لم تثبت ولايته من جهتها وإلا ملكت عزله كسائر الوكلاء. وإنما إذنها حيث اعتبر شرطًا لصحة تصرفه فأشبه ولاية الحاكم عليها وحيث تقرر أنه ليس وكيلاً عنها فله توكيل من يوجب نكاحها بلا إذنها [١].. أما إذا كان الولى غير مجبر فلا يجوز له أن يوكل غيره فى زواج موليته إلا بإذنها عند جمهور الفقهاء، وأجاز الحنابلة توكيله وإن كان غير مجبر لأن ولايته أشبهت بولاية الحاكم عليها.

أنواع الوكالة من حيث الإطلاق والتقييد:

والوكالة قد تكون مطلقة وهى التى صدر التوكيل فيها دون تقييد بشخص معين ولا أسرة معينة ولا مهر معين، وقد تكون مقيدة وهى التى صدرت مقيدة بقيد من القيود السابقة.

أحكام الوكالة المقيدة:

وتتلخص أحكام الوكالة المقيدة فى التزام الوكيل، بمراعاة الأوصاف والقيود التى طلبها الموكل فى عقد الزواج، ولا يجوز له أن يخالفه فى الأمر الذى وكله فيه، فإن خالف الوكيل الموكل كان تصرفه تصرف الفضولى، يتوقف على إجازة صاحب الشأن فيه، وهو الموكل هنا فإن أجاز نفذ وإلا فلا، وإن كانت المخالفة فيها الخير والمصلحة للموكل كان العقد نافذًا بدون توقف على اجازة الموكل، لأنه تصرف تصرفًا لا ضرر فيه للموكل، بل فيه الخير له مثال ذلك: ما إذا قيد الزوج وكيله أن يزوجه، فلانه «بألف جنية» فزوجه منها «بخمسمائة جنيه» فينفذ العقد على الموكل دون إجازة، لأن من يرضى بالكثير يرضى بالأقل بطريق أولى.

أحكام الوكالة المطلقة:

أما الوكالة المطلقة فإن كان الموكل هو الزوج كان للوكيل عند أبى حنيفة أن يتصرف كما يرى وينفذ تصرفه على الموكل فإذا وكل شخص آخر فى تزويجه بأن قال له: زوجنى أو زوجنى أية امرأة كان للوكيل أن يزوجه بأية امرأة سليمة أم معيبة بأى عيب من العيوب تكافئه أم لا بأى مهر قليل أو كثير. ولا يستثنى من ذلك إلا التصرف الذى يكون موضع

---

(١) مطالب أولى النهى فى شرح غاية المنتهى جـ ٥ ص ٦٨ وما بعدها.

تهمة. مثال ذلك أن يزوج الوكيل موكله ابنته، أو من فى ولايته، أو يزوج الوكيل موكلته من نفسه. وقال الصاحبان أن الوكالة المطلقة مقيدة بما جرى عليه العرف لأن المعروف عرفا كالمشروط شرطًا والثابت بالعرف كالثابت بالنص. فالوكيل يتقيد بزواج موكله من المرأة التى تكافىء موكله ويتقيد كذلك بمهر المثل دون الزيادة عليه كما هو المتعارف.

وقول الصاحبين فى هذه المسألة هو الراجح وهو الذى يجرى عليه العمل فى المحاكم. أما إذا كان الموكل هو المرأة فقد اتفق فقهاء الحنفية على تقييد الوكيل عنها مراعاة الكفء ومهر المثل وإن كانت الصيغة مطلقة.

الوكيل وحقوق عقد الزواج:

الوكيل سفير ومعبر عن الموكل، لا يرجع إليه شىء من حقوق العقد ولا يطالب بالمهر ولا بالنفقة بمقتضى وكالته عن الزوج، وإنما يطالب بذلك لو كان ضامنًا، كما لا يطالب بإدخال الزوجة فى طاعة زوجها إن كان وكيلا عنها.

وليس له حق قبض المهر إذا كان وكيلاً عن المرأة إلا إذا أذنت له بذلك صراحة أو دلالة، وقبضه يكون بتوكيل آخر غير توكيل الزواج وهو التوكيل بقبض المهر.

ومن الإذن بالقبض دلالة: أن يقبض الأب أو الجد المهر، وتسكت البنت البكر الرشيدة عن المطالبة به عند العقد، وتبرأ ذمة الزوج بهذا القبض. ولا يعد السكوت رضا بالقبض إذا كان الوكيل غير الأب والجد أو كانت الزوجة ثيبًا، بل لابد من الإذن الصريح بالقبض حتى تبرأ ذمة الزوج من المهر.

* * *

الفصل الثالث
الكفاءة فى الزواج

الكفاءة فى اللغة: المساواة والمماثلة. وفى اصطلاح الفقهاء مساواة الزوج زوجته فى أمور مخصوصة بحيث لا تكون هى ولا أولياؤها عرضة للتعيير بهذه المصاهرة حسب العرف.

آراء الفقهاء فى اعتبارها:

الرأى الأول: ذهب جماعة من العلماء ومنهم الكرخى والبصرى وهو الظاهر من مذهب مالك والجعفرية إلى عدم اشتراط الكفاءة إلا فى الدين[1] فقط لقوله تعالى: ﴿إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ﴾ وقوله: ﴿فَاسْتَجَابَ لَهُمْ رَبُّهُمْ أَنِّي لا أُضِيعُ عَمَلَ عَامِلٍ مِّنكُم مِّن ذَكَرٍ أَوْ أُنثَىٰ بَعْضُكُم مِّنْ بَعْضٍ﴾[2] وقوله: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾، وقوله ﷺ: «الناس سواسية كأسنان المشط لا فضل لعربى على عجمى إلا بالتقوى»، وقوله: «إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فانكحوه، الا تفعلوا تكن فتنة فى الأرض وفساد كبير». وقال: «ان الله لا ينظر إلى أحسابكم ولا إلى أجسامكم ولا إلى أموالكم ولكن ينظر إلى قلوبكم فمن كان له قلب صالح تحنن الله عليه وإنما أنتم بنو آدم أحبكم إلى الله أتقاكم». وقد أمر النبى ﷺ بنى بياضة أن يزوجوا «أبا هند» وكان حجامًا. كما أشار على فاطمة بنت قيس الفهرية بأن تتزوج أسامة بن زيد مولاها. كما زوج مولاه زيد بن حارثة من ابنة عمته زينب بنت جحش القرشية.

ولما خطب بلال إحدى نساء الأنصار ورفض أولياؤها تزويجها له قال له - ﷺ - قل لهم: «إن رسول الله ﷺ أمركم أن تزوجونى» وقد زوج أبو حذيفة بنت أخيه الوليد ابن

(١) فتح القدير جـ ٢ ص ٤١٨، حاشية الدسوقى جـ ٢ ص ٢٤٨، بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٣ وما بعدها، المغنى لابن قدامة جـ ٧ ص ٣٧١. ويقول الصنعانى فى سبل السلام جـ ٣ ص ١٤٥: «وللناس فى هذه المسألة عجائب، لا تدور على دليل غير الكبرياء، والترفع ولا إله إلا الله كم حرمت المؤمنات النكاح لكبرياء الأولياء واستعظامهم أنفسهم. اللهم إنا نبرأ إليك من شرط ولده الهوى ورباه الكبرياء»، وأيضًا نيل الأوطار جـ ٦ ص ١٠٩ المحلى لابن حزم حـ ١٠ ص ٢٤ زاد المعاد لابن القيم جـ ٤ ص ٢٢.

(٢) آل عمران: ١٩٥.

عتبة لمولاه سالم، وتزوج المقداد ابن الأسود ـ وهو غير قرشى ـ بضباعة بنت الزبير بن عبد المطلب وهى قرشية، وتزوج بلال بن رباح هالة أخت عبد الرحمن بن عوف. وهذا كله يدل على عدم اعتبار الكفاءة لأنه لو كان لها اعتبار لما أمر رسول الله بإتمام هذه الزيجات ولا أشار بها، ولما زوج الصحابة ممن لا يكافئهم. ثم إن الكفاءة لو كانت معتبرة فى الشرع الإسلامى لكانت الجنايات أولى باعتبارها لأنه يلزم فيها الاحتياط أكثر مما يلزم فى غيرها فكان لا يجب قتل شريف بوضيع ولا عالم بجاهل مع أن الأمر ليس كذلك فلا يكون الكفاءة معتبرة فى الزواج بالطريق الأولى.

الرأى الثانى: وذهب جمهور الفقهاء إلى اعتبار الكفاءة فى الزواج[1]. وأنها من شروط اللزوم فى عقد الزواج على خلاف بينهم فى الأمور التى تعتبر فيها فذهب المالكية فى رواية عنهم إلى اعتبارها فى أمور ثلاثة: الدين والحرية والسلامة من العيوب التى لا يمكن معها العشرة الزوجية إلا بضرر، وذهب أحمد فى رواية عنه إلى اعتبار الكفاءة فى الدين وفى المنصب ـ أى الحسب والنسب، وفى رواية أخرى إلى اعتبارها كذلك فى الحرية وفى الصناعة وفى اليسار أيضًا، وذهب الشافعى إلى اعتبار الكفاءة فى الدين فقط فى رواية وإلى اعتبارها فى الأمور الخمسة التى اعتبرها أحمد فى رواية أخرى وزاد عليها السلامة من العيوب المنفردة، ثم زاد بعض متأخرى الفقهاء الشافعية وصفًا سابعًا وهو تقارب الزوجين فى السن. وذهب الحنفية إلى اعتبارها فى أمور سبعة وهى:

١ ـ النسب. ٢ ـ الإسلام. ٣ ـ الحرية. ٤ ـ المال.

٥ ـ الغنى واليسار. ٦ ـ التدين والتقوى. ٧ ـ الحرفة.

لأن مصالح الزوجية ودوام العشرة بين الزوجين لا ينتظم عادة إلا بين المتكافئين، فإذا لم يكن الزوج مساويًا لزوجته على الأقل استنكف أن يكون له عليها حق القوامة ولن يكون فى الغالب محل تقديرها واحترامها. كذلك يأنف أهلها وأولياؤها من مصاهرة من لا يناسبهم ويعيرون بذلك مما يؤدى إلى اختلال روابط المصاهرة وضعفها. كما استدلوا على اعتبار الكفاءة بالأحاديث المروية عن رسول الله ﷺ ومنها:

(١) الأم جـ ٥ ص ١٣، مطالب أولى النهى جـ ٥ ص ٨٤، منار السبيل جـ ٢ ص ١٥٨، المغنى والشرح الكبير جـ ٧ ص ٣٧٣ وما بعدها، فتح القدير جـ ٣ ص ٢٩٣.

عن عبد الله بن بريدة عن أبيه: قال: جاءت فتاة إلى رسول الله ﷺ فقالت: أن أبى زوجنى ابن أخيه ليرفع بى خسيسته. قال: فجعل الأمر إليها فقالت: قد أجزت ما صنع أبي ولكن أردت أن أعلم النساء أن ليس إلى الآباء من الأمر شيء». والحديث فيه قول المرأة: ليرفع بى خسيسته وهذا يشعر بأنه غير كفء لها، ولو كانت الكفاءة غير معتبرة ما جعل الرسول الأمر بيدها إن شاءت رضيت بغير الكفء، وإن شاءت ردت النكاح. وأيضًا يقول ﷺ: «لا يزوج النساء إلا الأولياء، ولا يزوجن إلا من الأكفاء». فهذا الحديث يدل على أن الأولياء مطالبون بتزويج الكفء لموليتهم دون غيره فتكون الكفاءة معتبرة[١].

وهذا هو الرأى الراجح والواقع والمشاهد قديمًا وحديثًا، يؤيد ذلك. وهو الذى يجرى عليه العمل فى المحاكم. وأما ما استدل به أصحاب الرأى الأول فلا حجة لهم فيه، فالآية: ﴿إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ﴾ يراد بها بيان أساس التكريم فى الآخرة، وإن ذلك الأساس هو التقوى. وأما الآيات الأخرى فتدل على المساواة فى التكاليف وفى الثواب عليها، وأما حديث: «الناس سواسية» فيراد به أن الناس متساوون فى حقوقهم وواجباتهم لا فى درجاتهم ومراتبهم الدنيوية لأن تفاضلهم فيها أمر واقع وملموس[٢].

وأما الزيجات التى استشهدوا بها فإنها قد تمت برضاء الزوجة ووليها والكفاءة ليست حقًا من حقوق الشارع وإنما هى حق من حقوق المرأة والولى لهما اسقاطه والتنازل عنه وهذا ما حدث فى هذه الزيجات ولا يصح قياس الكفاءة فى الزواج على الكفاءة فى الجنايات لأنه قياس مع الفارق، لأن الجنايات تتعلق بحياة الأنفس فيحافظ فيها ولا يشترط الكفاءة بين الجانى والمجنى عليه[٣] والزواج يتعلق بتحقيق مصلحة الزوجين فى الحياة

---

(١) لم تجعل الشريعة الكفاءة شرطًا دينيًا كالشهادة وإنما جعلت الأمر فى الكفاءة إلى الأولياء والزوجات فإن شاءوا تمسكوا بالكفاءة وإن شاءوا أسقطوا حقهم فيها فيكون الزواج صحيحًا نافذًا لازمًا.

(٢) القرآن الكريم ينص على أن الله فضل بعض الناس على بعض فى الرزق وفى التكريم ولا يزال الناس مختلفين فى مكاناتهم الاجتماعية ومراكزهم الأدبية يقول الله تعالى: **﴿قل هى يستوى الذين يعلمون والذين لا يعلمون﴾**.

(٣) فلو اشترطت الكفاءة فى الجنايات لاختل النظام ولكان أمر الناس فوضى يقتل صاحب الجاه أو ذو النسب الرفيع من يشاء من عامة الناس واحدًا أو أكثر انتقامًا أو عبثًا وتشهيًا ثم يخلص من القصاص لعدم التكافؤ بينه وبين المجنى عليه.

الزوجية السعيدة التى تحقق لهما الأمن والأمان والصفاء والوفاء وذلك لا يكون إلا إذا كانت الكفاءة شرطًا فى الزواج.

الأمور التى تعتبر فيها الكفاءة:

١ ـ النسب: والمراد به هو الصلة التى ينتمى بها الإنسان إلى آبائه وأجداده، فالمرأة التى يعلم أصلها لا يكافئها إلا معلوم، الأصل مثلها، أما مجهول الأصل فلا يكون مكافئًا لها لأنها تعير باقترانها به ويعير أهلها.

وقد خص فقهاء الحنفية التكافؤ فى النسب بما إذا كان الزوجان من العرب فلا يكون غير العربى كفئًا للعربية ولا العربى غير القرشى كفئًا للقرشية وذلك لقول الرسول: «العرب بعضهم لبعض أكفاء» وقوله: «خياركم فى الجاهلية خياركم فى الإسلام»[1]، وقوله: «إن الله اصطفى كنانة من ولد إسماعيل، واصطفى من كنانة قريشًا واصطفى من قريش بنى هاشم واصطفانى من بنى هاشم»[2] فبهذه الأحاديث تدل على كفاءة العربى للعربية دون العجمى (غير العربى) وتدل على كفاءة القرشى للقرشية، ولكنهم استثنوا من ذلك العجمى إذا كان عالمًا فقالوا: «إنه يكون كفئًا للعربية ولو كانت قرشية هاشمية، لأن شرف المسلم فوق شرف النسب، قال جل شأنه: ﴿يَرْفَعِ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنكُمْ وَالَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ دَرَجَاتٍ﴾[3] وروى الشافعى أن الكفاءة معتبرة فى أنساب العجم فيما بينهم إذا جرى عرفهم بمثل هذا الإعزاز والتفاخر.

والحق أن الكلام فى التكافؤ فى النسب لا يليق بمحاسن الإسلام الذى سوى بين الناس ولم يجعل أحد أفضل من غيره بسبب أصله، فقد روى أن النبى ﷺ قال فى خطبته فى حجة الوداع: «الحمد لله الذى أذهب عنكم نخوة[4] الجاهلية وتفاخرها بآبائها، أيها الناس إنما الناس رجلان: مؤمن تقى كريم على الله وفاجر شقى هين على الله، ليس لعربى على عجمى فضل إلا بالتقوى كلكم لآدم وآدم من تراب»[5].

---

(١) نيل الأوطار جـ ٦ ص ١٢٩.

(٢) سبل السلام جـ ٣ ص ١٤٣.

(٣) الآية ١١ من سورة المجادلة.

(٤) النخوة: الكبر والعظمة.

(٥) الجامع لأحكام القرآن جـ ٦ ص ٣٤٦، بلوغ الأرب للألوسى جـ ١ ص ١٦٩.

فقد جعل الرسول الالتفات إلى الأنساب والتفاخر بها من أمور الجاهلية وبين لهم أنه لا فضل لبعضهم على بعض من جهة النسب، لأنهم جميعًا من أب وأم واحدة وهما آدم وحواء وأن الفضيلة والرفعة إنما تستحق بتقوى الله وطاعته. كما أن السنة الصحيحة فيها ما يخالفه فقد زوج النبى زيد بن حارثة بنت عمته (زينب) وهو غير عربى ومسبى من الشام وهى العربية القرشية.

٢ ـ الإسلام: والمراد بالإسلام هنا هو إسلام الأصول لأن المسلمة لا تحل لغير المسلم. والكفاءة فى الإسلام مطلوبة عند الحنفية فى غير العرب لأنهم يتفاخرون بالإسلام[١]. وعلى هذا فإذا كانت لها أب فى الإسلام لا يكافئها من ليس له أب فى الإسلام، ومن كان لها أبوان فى الإسلام لا يكافئها من كان له أب واحد عند أبى حنيفة ومحمد، ويكافئها عند أبى يوسف ووجه ذلك أن التعريف عنده يكون بالأب فقط وعندهما بالأب والجد معا. ومن كان له أبوان فى الإسلام كفء لمن كان لها أبوان أو أكثر. أما العرب فلا يعتبر فيهم لأنهم بعد إسلامهم لا يعيرون بكفر الآباء فالمسلم العربى الذى أبوه كافر كفء للمسلمة العربية التى لها آباء فى الإسلام.

والشافعى يعتبر الإسلام من صفات الكفاءة أيضًا، أما مالك وأحمد فليس الإسلام من صفات الكفاءة عندهما.

٣ ـ الحرية: وهى معتبرة فى غير العرب. أما عند العرب فليس لها اعتبار لأنهم لم يجرِ فيهم الاسترقاق، فالرقيق والعتيق كلاهما ليس بكفء للحرة، ومن أبوه رقيق لى كفئًا لمن أبواه حر، ومن له أب واحد فى الحرية ليس كفئًا لمن لها أبوان عند أبى حنيفة ومحمد، كفء لها عند أبى يوسف. أما من له أبوان فهو كفء لمن لها آباء. والحكمة فى اعتبار الكفاءة فى الحرية أن الرق يجلب عارا أكثر مما يجلبه ضعف النسب، والأحرار يعيرون بمصاهرة الأرقاء والعتقاء كما يعيرون بمصاهرة من دونهم فى النسب والحسب.

والشافعى وأحمد يعتبران الحرية من صفات الكفاءة كالحنفية ولمالك قولان فى اعتبار الحرية أحدهما كالأئمة الثلاثة وثانيهما لا يعتبرها من صفات الكفاءة.

---

(١) والظاهر أن اعتبار إسلام الآباء فى الكفاءة عند غير العرب إنما هو بعد انتشار الإسلام فيهم وذيوعه بينهم، فأما فى أول عهدهم به فعدم اسلام الآباء لا يعير به ولا يلحق الشخص به عيب فلا يكون معتبراً.

٤ ـ **المال**: والكفاءة فى المال تتحقق بقدرة الزوج على إيفاء الزوجة عاجل صداقها[١] والإنفاق عليها[٢] فمن لم يكن قادراً على الإنفاق لم يكن كفئًا، ومن لم يكن قادراً على المهر يكون عاجزاً عن تنفيذ العقد وغير كفء لزوجة يعجز عن دفع مهرها. وهذا ما ذهب إليه الحنفية والحنابلة.

٥ ـ **الغنى واليسار**: وهذا أمر زائد على الكفاءة المالية يكفى فيها القدرة على النفقة والمهر وتتحق كفاءة الغنى واليسار بمساواة الزوج لزوجته فى ثرائها أو فى التقارب بينهما فى ذلك، فمن كان محدود القدرة المالية لم يكن كفئًا للزوجة ذات الثراء العريض، واعتبار هذه الكفاءة قد روى عن أبى حنيفة ومحمد فإن الناس يتفاخرون بيسارهم وثرائهم، وقد وردت بعض الآثار التى تفيد هذا. من ذلك قول النبى ﷺ لفاطمة بنت قيس حين أخبرته بخطبة معاوية لها «أما معاوية فصعلوك لا مال له». وقول السيدة عائشة: «رأيت ذا المال مهيبًا ورأيت ذا الفقر مهينًا» وقولها «إن أحساب أهل الدنيا بنيت على المال». والراجح فى المذهب الحنفى هو عدم اعتبار الكفاءة فى الغنى واليسار، لأن المال غادٍ ورائح وهو عرض حائل، وظل زائل وعارية مستردة، وفقير اليوم قد يكون غنى الغد، والله يبسط الرزق لمن يشاء من عباده ويقدر. يقول الله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِن يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِن فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ﴾[٣].

والأصح فى مذهب الشافعية: «أن اليسار لا يعتبر، لأن المال لا يفتخر به أهل المروءات والبصائر»[٤]. وكذلك ليس اليسار من صفات الكفاءة عند الإمام مالك ـ رضى الله عن الجميع.

---

(١) والرأى الراجح فى المذهب الحنفى وهو رأى أبى يوسف عدم اعتبار قدرة الزوج على المهر، لأن العاجز عنه قد يكون قادراً عليه بقدرة الأب أو الجد أو الأم أو غيرهم مما جرى عرف الناس بالتزامهم بالمهر عن الزوج.

(٢) واختلف العلماء فى مقدار النفقة التى اشترطت القدرة عليها فى الكفاءة، فقيل المعتبر نفقة شهر، وقيل ستة أشهر، وقيل سنة. وقيل: إن كان ذا حرفة تكون القدرة بكونه كسوبًا، وإن لم يكن ذا حرفة فالقدرة على النفقة شهراً.

(٣) الآية ٣٢ من سورة النور.

(٤) قليوبى وعميرة جـ ٣ ص ٢٣٦.

٦ ـ **الديانة**: والمراد بها الصلاح والاستقامة، وهذا أمر اتفق عليه الأئمة الثلاثة: مالك والشافعى وأحمد، وهو القول الصحيح عند أبى حنيفة وأبى يوسف. وعلى هذا فلا تزوج المرأة الصالحة كصلاح أهلها بالرجل الفاسق لأنه لا يكون كفئًا لها وزواجه منها يكون عارا لها ولأهلها، وقد قال تعالى: ﴿ **أَفَمَن كَانَ مُؤْمِنًا كَمَن كَانَ فَاسِقًا لاَّ يَسْتَوُونَ** ﴾(١).

وقال محمد: لا عبرة بالديانة لأن الصلاح والاستقامة من المسائل التى ترجع إلى علاقات الناس بعضهم ببعض، وكم من فاسق له بين الناس منزلة ومكانة لا يعير من يصاهره، إلا إذا وصل به فسقه إلى أن صار سخرية لا يبالى بفسقه، ويهزأ به الناس ويسخرون منه فهذا هو العار، ولا يكون كفئًا للصالحة بنت الصالح. ورأى أن الفاسق إذا كان متسترًا يحافظ على المروءات وعلى كرامة نفسه فى المجتمعات ففسقه لا يمنع من الكفاءة، وإلا منع.

٧ ـ الحرفة: والمراد بها: العمل الذى يزاوله الشخص لكسب رزقه وهى تشمل الصنعة التى يشتغل بها الرجل، وتشمل الوظيفة التى يعمل بها، ومعنى الكفاءة فيها، أن الرجل إذا كان صاحب حرفة خسيسة، فلا يكون كفئًا لامرأة أبوها صاحب حرفة شريفة. والمعتبر فى شرف الحرفة ودناءتها هو العرف، وهذا يختلف باختلاف الزمان والبلدان، وإذا تقاربت الحرفة فلا عبرة فى التفاوت فيها. وهذا مذهب الشافعى وأحمد والرواية الظاهرة عن أبى يوسف، وهو القول الراجح فى مذهب الحنفية ويرى أبو حنيفة عدم اعتبار الحرفة فى الكفاءة إلا إذا كانت فى منتهى الحقارة. والمالكية لا يعتبرون الحرفة من صفات الكفاءة ويرون أن الرجل الدنىء فى حرفته، والقليل الجاه كفء للمرأة الحرة أصالة، وللشريفة ذات الجاه الكبير(٢).

وبجانب الأمور السبعة، السابقة، نرى أن هناك أمورًا ينبغى أن ندخلها فى الصفات المعتبرة فى الكفاءة كالتقارب فى السن والثقافة والصحة والعقل، كما ينبغى أن تترك هذه الأمور لأعراف الناس وعاداتهم، وأن يقوم ولاة الأمر فى كل بيئة بتحديد ما يرونه يتفق مع عصرهم. وما دامت نصوص الإسلام القاطعة لم تحدد شيئًا وإنما وضحت الطريق أمامنا، فعلينا أن نضع الأمور المعتبرة فى الكفاءة التى تلائم بيئتنا(٣).

(١) الآية ١٨ من سورة السجدة.

(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه جـ ٢ ص ٢٢٥.

(٣) الأحوال الشخصية للدكتور أحمد الغندور ص ١٨٥.

من تعتبر الكفاءة من جهته؟

الأصل أن الكفاءة تعتبر فى جانب الزوج فقط، ولا اعتبار لها فى جانب الزوجة. وذلك لأن النصوص التى وردت فى هذا الشأن لم تتعرض إلا للكفاءة فى الزوج، ولأن العرف قد جرى بين الناس على أن الزوج وأسرته لا يعيران بزواج امرأة دونه فى المنزلة والدرجة، وذلك أن زواجه بها يرفع من شأنها، ويعلى من قدرها. أما الزوجة فإنها إذا تزوجت من هو دونها فإنها لا ترفع قدر زوجها، بل تنزل هى إلى مستواه لأنه المتبوع وهى التابع، وفى ذلك حط من مقامها ومركزها ومقام أسرتها، ثم إن الرجل له حق الطلاق يتولاه بنفسه، فإذا أساء اختيار زوجته استطاع أن يخرج من سوء اختياره بالطلاق، وأن يستبدل الرفيعة بالدنيئة وليست المرأة كذلك.

ويستثنى من هذا الأصل صورتان تكون الكفاءة فيهما معتبرة من جهة الزوجة وهما:

١ - إذا زوج فاقد الأهلية أو ناقصها غير أصله وفرعه، أو زوجه من عرف بسوء الاختيار من أصله وفرعه، فإنه يشترط لصحة هذا الزواج أن تكون الزوجة كفئًا له، احتياطًا لمصلحة الصغير ومن فى حكمه.

٢ - إذا وكَّل الرجل عنه من يزوجه امرأة غير معينة، فإنه يشترط لنفاذ عقد الوكيل على موكله أن تكون الزوجة كفئًا للموكِّل، وهذا مذهب الصاحبين[1] وهو الراجح عملا بتقييد العرف واعتبار الكفاءة فى هاتين الحالتين ليس مرجعه أن الكفاءة معتبرة فى جانب الزوجة، وإنما اعتبرت فى الحالة الأولى لأن الولى المزوج ليس وافر الشفقة، أو ليس حسن الاختيار فلابد من تقييده بالمصلحة الظاهرة المرتبطة بتحقيق الكفاءة فى الزوجة. وكان اعتبارها فى الحالة الثانية لأن الوكالة وإن كانت مطلقة قد قيدها العرف، فإن من يستعين فى زواجه بوكيل، إنما يلجأ إليه لثقته فيه وحسن ظنه فى اختياره، فكان عقد زواجه نافذا على الموكل إذا ما زوجه بالمكافئة له، دون من تنزل عن مستواه.

متى تعتبر الكفاءة؟

الكفاءة معتبرة وقت إنشاء العقد فقط ولا عبرة بتخلفها بعد ذلك، فمن كان صاحب مال ويسار وقت العقد عند القائلين بكفاءة اليسار، ثم ضاقت بعد ذلك موارد رزقه، ومن

(١) يرى أبو حنيفة نفاذ عقد الوكيل على موكله فى هذه الصورة.

كان تقيًا متدينًا وقت إنشاء العقد ثم أغراه الشيطان ففسق عن أمر ربه بعد ذلك، ومن كان ذا حرفة شريفة رفيعة وقت الزواج، ثم صار إلى حرفة دنيئة وغير ذلك من الصور، فلا اعتبار لمايطرأ فيها بعد العقد، وليس للزوجة ولا لأوليائها حق الفسخ بسبب هذه الأقدار الطارئة، لأن أمور الناس لا تستمر على حال واحدة، ولأنه لا عار فى ذلك فى عرف الناس، إنما العار فى التخلى عن الزوج حينئذ، لأن من مكارم الأخلاق وحسن الوفاء الصبر على قضاء الله والرضا بقدره.

من له الحق فى الكفاءة؟

الكفاءة فى الزواج حق للمرأة وحق لوليها العاصب، ويثبت هذا الحق لكل منهما على حدة، فلو أسقط أحدهما حقه لم يسقط حق الآخر إلا بإسقاطه[١].

فلو أخبر الزوج أو وليها بكفاءته، ثم تبين كذبه كان لكل من الزوجة ووليها حق الفسخ ورفع الأمر إلى القضاء. فلو رضيت الزوجة به لم يسقط حق الولى فى ذلك وكان له حق طلب الفسخ والتفريق، ولو رضى الولى به ولم ترض الزوجة لم يسقط حقها وكان لها حق الفسخ لأن حق الكفاءة يثبت لكل من المرأة والولى على حدة، فإذا أسقط أحدهما حقه لم يسقط حق الآخر إلا بإسقاطه.

والولى الذى له حق الاعتراض على العقد عند عدم توافر الكفاءة هو الولى العاصب القريب، وليس لمن يليه مرتبة حق فى ذلك لعدم ثبوت الحق له، فإذا أجاز الأب العقد مثلا فإن الأخ ليس له حق الاعتراض.

وإذا كان للمرأة أولياء فى درجة واحدة كأخوة أشقاء أو أعمام أشقاء فأجاز بعضهم العقد ورضى بالزواج ولم يرضَ الآخرون، كان رضا البعض مسقطا لحق الآخرين عند أبى حنيفة ومحمد، لأن رضا أحدهم يعتبر رضا من الباقين، إذ الحق ثابت لهم جميعًا وهو حق لا يقبل التجزئة ورضا أحد الأولياء المتساوين دليل على أنه لا عار فى هذا الزواج، أوعلى أن الزوج كفء وأن باقى الأولياء مبالغون فى مقياس الكفاءة لهم.

وذهب أبو يوسف وزفر إلى أن رضا أحد الأولياء المتساوين لا يسقط حق الباقين، لأن الكفاءة حق لكل منهم على حدة، فإذا أسقط أحدهم حقه بقى حق الباقين.

(١) المبسوط للسرخسى جـ ٥ ص ٣٠، رد المحتار على الدر المختار جـ ٢ ص ٣٢٦، فتح القدير جـ ٢ ص ٤١٩.

والراجح هو قول أبى حنيفة ومحمد، لأن رضا الزوجة بالزوج وانضمام بعض أوليائها إلى رأيها فيه دلالة على أن فى هذا الزواج كفاءة أو مصلحة ترجح اعتبار الكفاءة.

إلى متى يظل الحق فى طلب الفسخ؟

يرى المالكية أن المرأة إذا تزوجت من غير كفء أو زوجها وليها من غير كفء فسخ العقد إن لم يدخل بها الزوج، أو دخل بها ولم يطل الزمن.

أما الحنفية فيرون أن حق الفسخ يبقى إلى أن تلد المرأة أو تحمل فإن ولدت أو حملت حملا ظاهرًا سقط الحق فى فسخ العقد.

الكفاءة تكون شرط صحة وقد تكون شرط نفاذ وقد تكون شرط لزوم:

فتكون شرط صحة وذلك فى الحالة التى يتولى فيها غير الأب والجد تزويج الصغير والصغيرة، وغير الأب والجد والابن تزويج المجنون والمجنونة، فإذا لم تتوافر الكفاءة بين الزوجين حينئذ فلا يكون العقد صحيحًا. وكذلك إذا كان الذى تولى العقد هو الأب أو الجد أو الابن وكان معروفًا من قبل بسوء الرأى والاختيار فإنه يشترط تحقق الكفاءة لصحة العقد فإذا فاتت كان فاسدًا.

وتكون الكفاءة شرط نفاذ فى مثل الحالة التى توكل فيها الحرة العاقلة البالغة وليها بتزويجها، فإنه يشترط لنفاذ هذا الزواج أن يكون بكفء، فإذا زوجها من غير كفء كان موقوفًا على إجازتها.

وتكون شرطًا فى اللزوم إذا زوجت الحرة البالغة نفسها من غير كفء بدون اذن وليها فإن العقد حينئذ يكون صحيحًا نافذًا غير لازم كما هو ظاهر الرواية فللأولياء حق الاعتراض وطلب فسخه، ويرى المتأخرون أن العقد فى هذه الحالة غير صحيح ولكن الراجح هو الأول.

* * *

الباب الرابع
آثار عقد الزواج

يقصد بآثار عقد الزواج تلك الحقوق التى تنشأ عن هذا العقد سواء ماكان منها خاصًا بالزوجة أو بالزوج أو مشتركًا بينهما وسنخصص لكل منها فصلاً.

الفصل الأول
حقوق الزوجة على زوجها

تدور هذه الحقوق فى جملتها بين المهر والنفقة ووجوب العدل بينها وبين غيرها من الزوجات فى حالة التعدد وعدم الإضرار بها وسنخصص لكل منها مبحثًا.

المبحث الأول
استحقاق الزوجة المهر

تمهيد وتقسيم:

المهر حق مالى أوجبه الشارع للمرأة على الرجل فى عقد زواج صحيح أو دخول بشبهة أو دخول بعقد فاسد وهو ليس عوضًا عن شيء. وإنما هو عطاء لازم من الزوج ابانة لشرف العقد، وإظهارًا لخطره ليدوم ويؤدى مقاصده[1].

والمهر حكم من أحكام عقد الزواج وأثر من آثاره، ولا يتوقف وجود عقد الزواج ولا صحته شرعًا على ذكر المهر فى العقد باتفاق الفقهاء.

والمهر ليس ركنًا من أركان العقد ولا ذكره شرطًا لصحة العقد بل يثبت المهر دينا فى ذمة الزوج بمجرد العقد الصحيح النافذ فهو حكم من أحكامه وأثر من آثاره كما سنبين ذلك تفصيلاً.

(١) أحكام الأسرة فى الإسلام للدكتور محمد مصطفى شلبى ص ٣٦٠ وما بعدها.

ويمكننا تقسيم هذا المبحث إلى المطالب الآتية:

المطلب الأول: فى تعريف المهر وحكمه وعلى من يجب؟

المطلب الثانى: فى مقدار المهر.

المطلب الثالث: فى أنواع المهر ومتى يجب.

المطلب الرابع: فى الحقوق المتعلقة بالمهر.

المطلب الخامس: فى تعجيل المهر وتأجيله.

المطلب السادس: فى الزيادة فى المهر والحط منه بعد الوجوب.

المطلب السابع: فى مؤكدات المهر.

المطلب الثامن: فيما يتأثر به المهر بعد وجوبه.

المطلب التاسع: فى اقتران المهر بالشرط.

المطلب العاشر: فى ولاية قبض المهر والتصرف فيه.

المطلب الحادى عشر: فى ضمان المهر.

المطلب الثانى عشر: فى هلاك المهر واستهلاكه.

المطلب الأول
تعريف المهر وحكمه وعلى من يجب

أولاً: تعريف المهر:

هو المال الذى يجب على الزوج لزوجته بالعقد عليها أو بالدخول الحقيقى بها وله أسماء كثيرة:

صداق ومهر نحلة وفريضة: حباء وأجر ثم عقد علائق[١].

يقول سبحانه: ﴿وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾[٢].

ويقول عز وجل: ﴿فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾[٣].

ثانيًا حكمه:

الوجوب على الرجل دون المرأة ويجب بالعقد فى الزواج الصحيح سواء سمى فى العقد أم لم يسم وسواء كانت التسمية صحيحة أم غير صحيحة.

غير أن وجوبه بالعقد غير مستقر فهو عرضة لأن يسقط كله أو نصفه ما لم يتأكد بواحد من مؤكدات المهر.

كما يجب أيضًا بالدخول الحقيقى للمرأة وهذا فى الزواج الفاسد أو فى حالة الشبهة ووجوبه هنا مؤكد لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء[٤].

والدليل على وجوبه: ما ورد فى القرآن الكريم من أمر الأزواج بدفع المهور إلى

(١) سبل السلام جـ ٣ ص ١٤٧، نهاية المحتاج جـ ٦ ص ٣٣٤.
(٢) سورة النساء آية ٤.
(٣) سورة النساء آية ٢٤.
(٤) شرح فتح القدير جـ ٣ ص ٣٢٥.

الزوجات ومن ذلك قوله تعالى: ﴿وآتوا النساء صدقاتهن نحلة﴾(١) وقوله سبحانه: ﴿فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة﴾(١)،وما جاء فى السنة من الأحاديث الصحية التى تدل على وجوب المهر للزوجة على زوجها. ومن ذلك قوله ﷺ: «من كشف خمار امرأته ونظر إليها وجب عليه الصداق دخل بها أو لم يدخل» كما ثبت أنه ﷺ لم يخلُ زواجًا من مهر(٣). ولو كان المهر غير واجب فى الزواج لتركه ولو مرة واحدة، لكن ذلك لم يحصل فدلَّ على الوجوب. وما انعقد عليه إجماع المسلمين من عصر الرسول إلى يومنا هذا على وجوب المهر على الزوج لزوجته(٤).

أما الحكمة فى وجوب المهر فى الزواج فهو إظهار خطر العقد ومكانته، وإعزاز المرأة ورفعة قدرها والعمل على دوام رابطة الزوجية واستمرار هذه الشركة. لأنه لو أبيح الزواج بدون مهر لكان فى ذلك امتهان للنساء وحط لأقدارهن، فينظر الرجل إلى المرأة بعين الاحتقار، فلا تحسن العشرة بينهما، ولايدوم الحب والوئام مما يؤدى إلى حل رابطة الزوجية(٥).

ثالثًا: على من يجب المهر؟:

أوجبه الإسلام على الرجل دون المرأة لأن القوامة له عليها بنص الآية الكريمة: ﴿الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم﴾(٦) فيجب عليه أن يقدم لها مايجعلها ترضى بهذه القوامة عن طيب نفس منها وليشعرها بالرغبة فيها وأنها موضع بره وعطفه ورعايته. وأيضًا فإن طبيعة الرجل تمكنه من السعى للرزق وكسب المال الذى تتطلبه حاجات المعيشة ونفقات الأسرة، فكان من المناسب أن تكون التكاليف

---

(١) سورة النساء آية ٤.

(٢) سورة النساء آية ٢٤.

(٣) عن سهل بن سعد رضى الله عنه قال زوج النبى ﷺ رجلا امرأة بخاتم من حديد» سبل السلام جـ ٣ ص ١٥٢.

(٤) الأحوال الشخصية د. محمد زكريا البرديسى ص ١٢٥.

(٥) شرح فتح القدير جـ ٣ ص ٣١٦.

(٦) سورة النساء آية ٣٤.

المالية التى تقتضيها الحياة الزوجية كلها على الرجل أكثر من المرأة، ومن هذه التكاليف المهر. كما أن إيجاب المهر على المرأة قلب للأوضاع الفطرية التى لا تتفق مع سنة الكون العادلة، ووسيلة إلى زلل بعض الفتيات اللاتى يدفعهن حرصهن على الزواج إلى الحصول على المال من أى طريق، وربما أدى ذلك إلى الزج بهن إلى مهاوى الرذيلة والفساد[١].

والمهر حكم من أحكام عقد الزواج وأثر من آثاره، وليس ركنًا من أركان عقد الزواج. ولا شرطًا من شروط صحة العقد لقوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾[٢] فإنه سبحانه نفى الإثم عن الرجل إذا طلق امرأته قبل الدخول وقبل أن يسمى لها مهرًا، والطلاق لا يكون إلا بعد زواج صحيح فدل هذا على أن تسمية المهر وقت العقد ليست ركنًا من أركان العقد ولا شرطًا من شروط صحته.

فقد روى عن علقمة أنه قال: أتى عبد الله فى امرأة تزوجها رجل ثم مات عنها ولم يفرض لها صداقًا ولم يكن دخل بها، قال: فاختلفوا إليه فقال: أرى لها مثل مهر نسائها ولها الميراث وعليها العدة فشهد معقل بن سنان الأشجعى: أن النبى ﷺ قضى فى بروع ابنة واشق بمثل ما قضى «رواه الخمسة وصححه الترمذى»[٣].

وهذا يدل على أن المهر حكم من أحكام العقد ولى ركنًا ولا شرطًا، فيصح الزواج ولو لم يسمَ مهرا عند العقد، أو سُمِى شيئًا لا يصلح أن يكون مهرًا أو نفى المهر[٤]، لأنه فى هذه الحالات يمكن الرجوع إلى مهر المثل، لأنه فى الواقع هو الواجب الأصلى فى عقد الزواج، والمهر المسمى يقوم مقامه عند التراضى.

---

(١) الأحوال الشخصية للدكتور محمد زكريا البرديسى ص ١٢٩. الأحوال الشخصية، د. أبو زهرة ص ١٩٧.

(٢) سورة البقرة آية ٢٣٦.

(٣) نيل الأوطار جـ ٧ ص ٣٥٨.

(٤) المالكية يرون أن عقد الزواج لا يصح عند النص على نفى المهر، فلو تزوجها بشرط الا مهر لها، فقبلت لا يصح لأنه عقد معاوضة، ملك متعة بملك مهر فيفسد بشرط نفى العوض، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٢ ص ٢٩٤.

المطلب الثانى

مقدار المهر

اتفق فقهاء المسلمين على أن المهر لا حَدّ لأكثره لعدم ورود نص من الشارع فى ذلك ولا تحديد إلا بنص، ولأن الشريعة لا تمنع أحدًا من أن يمهر زوجته ما شاء من مال، وقد أراد عمر بن الخطاب أن يمنع الناس من المغالاة فى المهر ويحددها ليسهل على الناس مئونته، فصعد المنبر، ونهى أن يزاد فى المهر على أربعمائة درهم، فقالت امرأة من قريش: ليس هذا إليك يا عمر، فقال: ولم؟ قالت: لأن الله تعالى يقول: ﴿وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا﴾[١] فقال عمر: «أصابت امرأة وأخطأ عمر». فهذه القصة تدل على أن المهر لاحدَّ لأعلاه. ولكن يسن للرجل ألا يغالى فى مهر زوجته، كما يسن لولى الزوجة ألا يغالى فى مهرها، حتى يكون الزواج طريقًا سهلاً لمن أراد العصمة لنفسه، وحتى لا يحجم الشباب عن الزواج لكثرة المهور، كما هو حاصل فى بعض البلاد العربية، كما أن ذلك ليس من مصلحة البنات، ولا من سعادتهن فى حياتهن الزوجية روى عن عائشة أن رسول الله ﷺ قال: «إن أعظم النكاح بركة أيسره مئونة»[٢].

أما الحد الأدنى للمهر: فقد جعل كثير من الفقهاء حدا أدنى لاينقص عنه فى المهر لأن مشروعية المهر فى عقد النكاح ووجوبه لشرف العقد ولمعاونة المرأة فيجب أن يكون بقدر معين لا يقل عنه.

وقد اختلف الذين جعلوا للمهر حدا أدنى فى مقداره.

فذهب الحنيفة[٣] إلى أن أقله عشرة دراهم من الفضة أو ما قيمته ذلك. فلو اتفق الزوجان على مهر أقل من ذلك لزمت العشرة واستدلوا بما أخرجه الدارقطنى من حديث جابر بلفظ: «لا مهر أقل من عشرة دراهم»[٤].

---

(١) النساء: ٢٠.

(٢) نيل الأوطار جـ ٧ ص ٣٥٢.

(٣) فتح القدير جـ ٣ ص ٣١٧.

(٤) نيل الأوطار جـ ٧ ص ٣٥١.

وقد تقدر بماله خطر وهو العشرة استدلالا بنصاب السرقة لأنه مقدر بعشرة دراهم[١] لأنه يتلف به عضو محترم فلأن يتلف به منافع بضع كان أولى.

أما المالكية[٢] فقد ذهبوا إلى أن أقل المهر ربع دينار أو ثلاثة دراهم فضة خالصة من الغش فإن نقص عن ذلك فسد لكن فساده مقيد بما إذا لم يدخل ولم يتمه مستدلين بما روى[٣] عن أنس: «أن النبى ﷺ رأى على عبد الرحمن بن عوف أثر صفرة فقال ما هذا؟ قال: تزوجت امرأة على وزن نواة من ذهب قال: بارك الله لك أولم ولو بشاة» والنواة تساوى ربع دينار.

وذهب الشافعية[٤] والحنابلة والجعفرية إلى أن أقل المهر لا حد له فيصح بكل ماله قيمة لإطلاق قوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُم﴾[٥] وللأحاديث الكثيرة الدالة على ذلك.

فقد روى[٦] عن عامر بن ربيعة أن امرأة من بنى فزارة تزوجت على نعلين فقال رسول الله ﷺ: «أرضيت من نفسك ومالك بنعلين، قالت نعم فأجازه».

وما روى أيضًا عن جابر أن رسول الله ﷺ قال: «لو أن رجلا أعطى امرأة صداقًا ملء يديه طعامًا كانت له حلالاً»[٧].

والراجح هو ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة لما فيه من تيسير وقول الحنفية بقياس المهر على نصاب السرقة لا يصح لأنه فى مقابلة نص وهو قوله ﷺ لمن أراد أن يتزوج: «التمس ولو خاتمًا من حديد» ولا شك أن خاتم الحديد لا يساوى عشرة دراهم ولا ثلاثة وهذا الحديث أصح ما روى فى باب المهر.

---

(١) فتح القدير جـ ٣ ص ٣٢٠.
(٢) حاشية الدسوقى جـ ٢ ص ٣٠٢.
(٣) نيل الأوطار جـ ٧ ص ٣٤٩.
(٤) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٢٣٠، المغنى جـ ٧ ص ٣٩١.
(٥) سورة النساء آية ٢٤.
(٦) نيل الأوطار للشوكانى جـ ٧ ص ٣٤٩.
(٧) نيل الأوطار جـ ٧ ص ٣٤٩.

ويقول ابن حزم[1] أن قياس المهر على نصاب السرقة هو أسخف قياس فى العالم لأنه لا شبه بين النكاح والسرقة. وأيضًا فإن اليد تقطع البتة والفرج لا يقطع والنكاح طاعة والسرقة معصية.

ما يصلح أن يكون مهراً:

يصلح أن يكون مهراً كل مال متقوم معلوم نقدًا كان أن منقولا قيميًا أو مثليًا أو كان منفعة تقوم بمال مقدور التسليم أو التسلم حسًا وشرعًا ناجزة معلومة مباحة[2].

ولا يصلح أن يكون مهراً ما ليس بمال أصلا كحفنة من تراب أو حبة من أرز أو ما ليس بمال فى نظر الإسلام كالخمر والخنزير. كما لا يصلح أن يكون مجهولاً جهالة فاحشة تؤدى إلى النزاع فيه كدابة لم يبين جنسها. وتغتفر الجهالة اليسيرة كأن يتزوج على خمسين إردبًا من القمح بدون أن يبيِّن نوع القمح. وفى هذه الحالة يدفع النوع الوسط[3] هذا عند الحنفية والمالكية وذهب الشافعية إلى عدم الجواز وأوجب لها مهر المثل قياسًا على المعاوضات المالية[4].

كما لا يصلح أن يكون مهراً المنفعة التى لا تقابل بمال كأن يتزوجها ويجعل مهرها أن تكون مع أهلها، أو ألا يتزوج عليها[5].

(١) المحلى لابن حزم جـ ١١ ص ١٠٠.

(٢) المهذب جـ ٢ ص ٥٧.

(٣) الفروق للقرافى جـ ١ ص ١٥٠ البدائع جـ ٢ ص ٢٧٢ حاشية الدسوقى جـ ٢ ص ٢٩٤.

(٤) تبيين الحقائق للزيلعى جـ ٢ ص ١٤٤، المهذب جـ ٢ ص ٦٠.

(٥) وإذا تزوج امرأة، وسمى لها أن يخدمها، أو يخدم البيت فسدت التسمية ووجب مهر المثل عند أبى حنيفة وأبى يوسف، لما فيه من امتهان للرجل، وضياع لكرامته. وقال محمد التسمية صحيحة لأنها منفعة لها قيمة، ولكن يحرم عليه القيام بالخدمة فتقوم القيمة مقامها. البدائع جـ ٢ ص ٢٧٨. البحر الرائق جـ ٣ ص ١٦٧ وما بعدها.

المطلب الثالث

أنواع المهر

المهر نوعان:

١ ـ المهر المسمى.

٢ ـ مهر المثل.

١ ـ المهر المسمى: وهو ما اتفق عليه فى العقد أو فرض للزوجة بعده بالتراضى. والمهر المسمى يجب للزوجة بشرطين:

(أ) أن يكون العقد صحيحًا.

(ب) أن تكون التسمية صحيحة. فإذا سمى المهر فى العقد الصحيح تسمية صحيحة وجب المسمى مهما كان عظيمًا.

ولكن قد يطرأ على هذا الوجوب ما يسقط به المهر كلا أو بعضا وقد يطرأ عليه ما يؤكده بإحدى المؤكدات كما سيأتى.

٢ ـ مهر المثل: وهو مهر امرأة من قوم أبيها كأختها وعمتها تماثلها فيما يعتد به من صفات النساء من السن والجمال والمال والدين والأدب والعقل والعلم والبكارة أو الثيوبة، وما إلى ذلك. ويراعى مع هذا حال الزوج، فإن صاحب الفضل يرغب فيه فيتسامح معه فى المهر بما لا يتسامح مع غيره. فإن لم توجد من تماثلها من أسرة أبيها فيما ذكر من الأوصاف، اعتبر مهر المثل بمهر امرأة تماثلها من أسرة كأسرة أبيها[١]. وإذا تم اتفاق الطرفين على مهر المثل وجب ما اتفقا عليه وإن اختلفا فى مقداره فأيهما أقام بينة على دعواه حكم له، وإن أقام كل منهما بينة على دعواة قدمت بينة المرأة لأنها تثبت الزيادة وإن لم يقم أحدهما بينة على دعواه فالقول قول الزوج بيمينه، وإن امتنع عن اليمين لزمه ما تدعيه الزوجة لأن الامتناع عن اليمين إقرار بدعوى الخصم[٢].

متى يجب مهر المثل:

ويجب مهر المثل للزوجة فى الأحوال الآتية:

---

(١) حاشية ابن عابدين جـ ٢ ص ٤٦٢، حاشية الدسوقى جـ ٢ ص ٢٩٧، الفقه على المذاهب الأربعة جـ ٤ ص ١٢٨ وما بعدها.

(٢) حاشية ابن عابدين جـ ٣ ص ١٤٨، ١٤٩.

(أ) أن يكون العقد صحيحًا وقد خلا من تسمية المهر.

(ب) أن يكون هناك اتفاق على نفى المهر[١].

(جـ) أن تكون هناك تسمية ولكنها غير صحيحة وذلك إذا سمى ما لا يصلح أن يكون مهرًا لكونه غير مال، أو لكونه مالاً غير متقوم فى حق المسلم، أو كان منفعة لا تقابل بمال، أو كان شيئًا مجهولاً جهالة فاحشة.

ففى هذه الحالات الثلاث يجب للزوجة مهر المثل[٢].

وقد يجب الأقل من المسمى ومن مهر المثل وذلك إذا كان عقد الزواج فاسدًا وقد دخل الزوج بزوجته دخولاً حقيقيًا[٣] وإذا اختلف الزوجان فى مقدار مهر المثل فإن أقام أحدهما بينة قضى له، وإن أقام كل منهما بينة قضى ببينة الزوجة، وإن لم توجد بينة فاليمين على الزوج فإن حلف قضى له، وإن نكل عن اليمين قضى لها، هذا إذا كان هناك مهر مسمى، أما عند عدم التسمية الصحيحة فيجب مهر المثل بالغًا ما بلغ.

المطلب الرابع
الحقوق المتعلقة بالمهر

يتعلق بالمهر ثلاثة حقوق: حق الله تعالى، وحق الزوجة، وحق الأولياء.

١- أما حق الله تعالى فهو وجوب المهر أثرًا للعقد بحيث لا يقل عن عشرة دراهم عند الحنفية، أو ربع دينار من الذهب، أو ثلاثة دراهم من الفضة عند المالكية لأن الإسلام قدر الحد الأدنى للمهر بذلك فلا يملك أحد إسقاط هذا الحق.

(١) ذهب المالكية إلى أن نفى المهر يجعل العقد غير صحيح.

(٢) يجب مهر المثل - أيضًا - على من دخل بامرأة بشبهة لأن الدخول لا يخلو من مهر أو حد، وقد سقط الحد، فوجب المهر وهو مهر المثل، البحر الرائق جـ٣ ص ١٧٤ وما بعدها، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ٢ ص٣٠٣ وما بعدها.

(٣) فإن كان المسمى خمسمائة ومهر المثل أربعمائة فالواجب أربعمائة، وإن كان المسمى خمسمائة ومهر مثلها سبعمائة فالواجب خمسمائة، وقال زفر يجب مهر المثل قل أو كثر.

وعلى هذا لو رضيت المرأة بالزواج من غير مهر وجب لها مهر المثل بحكم الشرع، ولو رضيت بالزواج بأقل من عشرة دراهم عند الحنفية لزمت العشرة بحكم الشرع[1].

٢- وأما حق الزوجة فهو ثبوت ملكها للمهر وألا يكون أقل من مهر مثلها، فلو زوجها الولى بأقل من مهر مثلها وكانت رشيدة، كان لها حق الاعتراض والمطالبة بالزيادة إلى مهر المثل أو فسخ الزواج لأن رضاه بأقل من مهر المثل يسقط حقه دون حقها[2].

٣- وأما حق الأولياء فهو ألا يقل المهر عن المثل أيضًا، فلو زوجت المرأة العاقلة البالغة نفسها بأقل من مهر المثل، كان لوليها العاصب حق الاعتراض والمطالبة بالزيادة إلى مهر المثل أو فسخ الزواج ما لم يظهر بها حمل، أو ما لم تلد.

وإذا تم عقد الزواج وتقرر المهر[3] كان المهر حقًا خالصًا للزوجة وحدها تتصرف فيه كما تشاء، متى كانت عاقلة بالغة، فلو أبرأت زوجها من المهر كله أو بعضه بعد ما وجب فى ذمته بالعقد صح إبراؤها وبرئت ذمته، ولو قبضته ثم وهبته له أو لغيره صحت الهبة ولا حق لأحد فى الاعتراض عليها لأنها تصرفت فى خالص حقها.

المطلب الخامس
تعجيل المهر وتأجيله

بينا أن المهر يجب بمجرد العقد الصحيح، ولكن لا يلزم أن يكون كله معجلاً، بل يجوز تعجيله كله للزوجة، أو تأجيله كله، أو تعجيل بعضه وتأجيل بعضه الآخر إلى أجل قريب أو بعيد، أو أقرب الأجلين: الطلاق أو الموت، كما يجوز دفعه على أقساط فى مدد معلومة

(١) وقال زفر: إذا سمى فى العقد أقل من عشرة دراهم فالواجب مهر المثل لا عشرة دراهم لأن الأقل من عشرة دراهم لا يصلح أن يكون مهرًا. وتسميته كعدمها، وعند عدم التسمية يجب مهر المثل. شرح فتح القدير جـ٣ ص ٣٢٠.

(٢) أما فاقدة الأهلية أو ناقصتها فإن كان المزوج لها أصلاً أو عرفًا غير معروف بسوء الاختيار والرأى فلا يكون لها حق الاعتراض على نقصان المهر عن مهر المثل، وإن كان المزوج لها غير ذلك كان الزواج فاسدًا.

(٣) الأحوال الشخصية د. محمد أبو زهرة ص١٩٨.

حسب اتفاق العاقدين، وإن لم يكن اتفاق على شيء من ذلك جرى الأمر على ما عليه عرف البلد الذى أجرى فيه العقد لأن المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا.

وإذا لم يكن هناك اتفاق أو عرف فى تعجيل المهر أو تأجيله فإن المهر يستحق حالاً لأن الأصل أن المهر يجب بتمام العقد لأنه حكم من أحكامه، ما لم يكن هناك شرط أو عرف يقتضى التأجيل. ويستحب تعجيل جزء من المهر لما روى أن النبى ﷺ منع على بن أبى طالب من الدخول بابنته فاطمة حتى أعطاها درعه الحطمية[1].

وإذا كان المهر كله أو بعضه عاجلاً كان للزوجة الامتناع عن الزفاف حتى يدفع لها الزوج المهر العاجل. ولها الحق كذلك فى أن تمنع زوجها من التمتع بها فى بيت أبيها، سواء كان التمتع ناقصًا أو كاملاً، وامتناعها عن الزفاف وعدم تمكن زوجها من الاستمتاع بها لا يعد نشوزاً لأنه امتناع بحق شرعى[2].

وإذا مكنت المرأة زوجها منها فدخل بها أو اختلى بها خلوة صحيحة قبل أن تقبض عاجل صداقها لم يكن لها الحق فى منع نفسها منه بعد ذلك بحجة عدم قبض عاجل الصداق، لأنها أسقطت حقها فى ذلك برضاها، فإن امتنعت لم تجب لها النفقة لنشوزها وهذا رأى الصاحبين. وذهب أبو حنيفة إلى أنه يجوز لها أن تمتنع، لأنها أسقطت حقها فى الماضى حينما رضيت بالدخول أو بالخلوة قبل قبض عاجل الصداق، وإسقاط حقها فى الماضى لا يترتب عليه إسقاط حقها فى المستقبل ولأن رضاها بالدخول أو بالخلوة قد يكون وسيلة إلى حمل الزوج على دفع المعجل، فإذا ضاع رجاؤها كان لها الحق فى منع نفسها، وهذا هو الراجح[3]، وهو الذى يعمل به فى المحاكم، ويجوز للقاضى أن يحكم برأى الصاحبين إذا رأى أن المرأة تريد من مثل هذا الدفع الخروج عن طاعة الزوج والكيد له[4].
وإذا عجز الزوج عن دفع معجل الصداق لم يكن للزوجة الحق فى طلب فسخ الزواج بأى

---

(١) سبل السلام جـ٣ ص١٤٩.

(٢) قليوبى وعميرة جـ٣ ص ٢٢٧، البحر الرائق جـ٣ ص١٩٠.

(٣) البحر الرائق جـ٣ ص١٩٠ فتح القدير جـ٣ ص٣٣١. الأحوال الشخصية د. محمد زكريا البرديسى ص١٤٠.

(٤) قضت محكمة العطارين الجزئية فى ١٣/١/١٩٤٤ بأنه ليس للزوجة أن تمنع نفسها من زوجها بعد الدخول والمعاشرة بحجة إنها لم تقبض المهر، مجلة المحاماة الشرعية السنة ١٦ ص٥١.

حال عند الحنفية وأصح الآراء عند الحنابلة، وإنما لها الحق فى منع نفسها من الزوج وعدم الخضوع لسلطانه[١]. وذهب المالكية والشافعية والحنابلة فى رأى عندهم إلى جواز الفسخ فى هذه الحالة لتعذر الوصول إلى العوض إلا أن منهم من جعل حق الفسخ للمرأة مطلقًا ومنهم من جعله لها قبل الدخول لا بعده[٢]، وإذا اتفق الزوجان على تأجيل المهر كله مدة معينة، واشترط الزوج على زوجته الدخول بها قبل حلول الأجل فليس لها الحق فى الامتناع اتفاقًا. أما إذا لم يشترط الزوج الدخول قبل حلول الأجل فليس لها الامتناع عند أبى حنيفة ومحمد لأنها أسقطت حقها فى تعجيل المهر برضاها بتأجيله كله. وذهب أبو يوسف إلى أن لها أن تمنع نفسها حتى يجىء الوقت الذى أجل إليه المهر لأن الزوج لما طلب تأجيل المهر كله فقد رضى بإسقاط حقه فى الاستمتاع بزوجته وتنفيذ حقوقه التى له بمقتضى العقد ورأى أبى يوسف هو الراجح[٣].

المطلب السادس
الزيادة فى المهر والحط منه بعد الوجوب

يجوز للزوج إذا كان بالغًا عاقلاً رشيدًا صحيحًا أن يزيد بعد إتمام عقد الزواج على المهر المتفق عليه ما يشاء، وتلزمه هذه الزيادة وتعتبر ملحقة بالمهر وجزءًا منه، بشرط أن تكون معلومة، وأن تقبلها الزوجة إذا كانت بالغة عاقلة أو يقبلها وليها إذا كانت صغيرة أو مجنونة ويكون القبول فى مجلس الإيجاب، كذلك يجب أن تكون هذه الزيادة فى أثناء قيام الزوجية حقيقة أو حكمًا لقوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُم بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيضَةِ﴾[٤] ولأن للزوج ولاية تامة على ماله، فله أن يتصرف فيه كما يشاء[٥].

---

(١) مطالب أولى النهى فى شرح غاية المنتهى جـ٥ ص٢٢٩.

(٢) شرح فتح القدير جـ٣ص٣٧٠، نهاية المحتاج جـ٦ ص ٣١٢ حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ٢ ص ٣٠٢، المغنى لابن قدامة جـ٧ ص٣٩٢.

(٣) شرح فتح القدير جـ٣ ص٣٧٢.

(٤) سورة النساء آية ٢٤.

(٥) شرح منح الجليل جـ٢ ص ١٣٧، المهذب جـ٢ ص٥٨.

ويجوز للمرأة - إذا كانت كاملة الأهلية - أن تحط عن زوجها برضاها، وفى حال صحتها[١]، بأن تبرئه من كل مهرها أو بعضه إذا كان من النقود، أو تهبه له كله أو بعضه إذا كان من الأعيان[٢].

وأما ولى الصغيرة - إذا كان أبًا وجدًا - فليس له أن يحط عن زوجها شيئًا عن مهرها بعد العقد[٣].

المطلب السابع
مؤكدات المهر

يجب المهر للزوجة بمجرد العقد فى الزواج الصحيح، وقد يعرض له ما يسقطه كله، أو ما يسقط شطره فقط. ولكنه يتأكد بالدخول الحقيقى وبالخلوة الصحيحة وبالموت.

كما يجب المهر بالدخول الحقيقى فى الزواج الفاسد وجوبًا مؤكدًا غير معرض للسقوط كله أو بعضه، ومثله الدخول بالمرأة بناء على الشبهة.

مؤكدات المهر فى الزواج الصحيح:

أولاً: الدخول الحقيقى بالزوجة لأنه بالدخول الحقيقى قد استوفى حقه فى المتعة، فوجب عليه أداء المهر كاملاً ولا يسقط بعد الدخول إلا بالأداء أو الإبراء[٤].

وتأكد المهر بالدخول ثابت بالكتاب وبالمعقول.

أما الكتاب: ففى قوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا ۝٢٠ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ

(١) أما إذا كان فى حال مرض الموت فتأخذ حكم الوصية.

(٢) شرح فتح القدير جـ٣ ص٣٣١.

(٣) الزواج فى الشريعة الإسلامية، للدكتور على حسب الله ص١٧٧.

(٤) شرح منح الجليل جـ٢ ص ١١٠، كشاف القناع جـ٣ ص٨٩ البحر الرائق جـ٣ ص ١٥٣.

بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَاقًا غَلِيظًا﴾[١] فإن الإفضاء فى الآية قد فسره ابن عباس ومجاهد والسدى وغيرهم بالجماع قال ابن عباس ولكن الكريم يكنى[٢].

وأما المعقول فهو أن المهر قد وجب بالعقد وصار ديناً فى ذمة الزوج والدخول لا يسقطه لأنه استيفاء المعقود عليه واستيفاء المعقود عليه يقرر البدل لا يسقطه كما فى الإجارة[٣]، ولأنه بالدخول قد استوفيت أحكام العقد من جانب الزوجة فكان حقًا أن تجب لها الحقوق التى على الزوج لزوجته وأولاها المهر.

ولأن مسقطات المهر كله أو بعضه الواردة فى القرآن والحديث والقياس مقيدة بحصولها قبل الدخول فلا إسقاط بعده لانتفاء القيد[٤].

ثانيًا: الخلوة الصحيحة: وهى أن يجتمع الزوجان وحدهما بعد العقد الصحيح فى مكان يأمنان فيه من إطلاع أحد عليهما بدون إذنهما وليس بأحدهما مانع حسى أو طبيعى أو شرعى يمنع من الدخول الحقيقى.

والمانع الحسى كوجود شخص ثالث معهما ولو كان نائمًا أو أعمى أو طفلاً مميزًا.

والمانع الطبيعى كمرض مانع من المخالطة الزوجية.

والمانع الشرعى كأن يكون أحد الزوجين أو كلاهما صائمًا فى رمضان أو محرمًا بالحج سواء أكان الحج فرضًا أم تطوعًا. فإن وجد مانع من هذه الموانع كانت الخلوة فاسدة لا يتأكد بها وجوب المهر بتمامه. وتأكد المهر كله بالخلوة الصحيحة هو مذهب الحنفية والحنابلة[٥] لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا ﴿٢٠﴾ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ

---

(١) الآيتان ٢٠، ٢١ من سورة النساء.

(٢) الجامع لأحكام القرآن جـ٥ ص ١٠٢.

(٣) كشاف القناع جـ٣ ص٨٩، بدائع الصنائع جـ٢ ص ٢٩١.

(٤) الأحوال الشخصية، د. محمد زكريا البرديسى ص١٤٣.

(٥) البحر الرائق جـ٣ ص ١٦٢ وما بعدها، فتح القدير جـ٣ ص ٣٣١ وبل إن الحنابلة قالوا إن مؤكدات المهر ما يعد من مقدمات المخالطة، كالتقبيل واللمس بشهوة ولو حصل فى حضرة الناس وهذا جائز ما دام بعد العقد، المغنى والشرح الكبير جـ٨ ص ٦٣.

مِنكُم مِّيثَاقًا غَلِيظًا﴾[١] فإنه سبحانه أوجب المهر كاملاً بعد إفضاء الزوجين بعضهما إلى بعض، ونهى عن أخذ شيء منه، والإفضاء هو الاختلاء بالزوجة مأخوذ من الدخول وهو الخلاء[٢] كما قضى الخلفاء الراشدون أن من أغلق بابًا أو أرخى سترًا فقد وجب المهر ووجبت العدة[٣]. وأيضًا الزوجة بالخلوة الصحيحة قد مكنت زوجها من نفسها ولم يوجد ما يمنعه أن يستوفى حقه ويستمتع بها، والزوج قد قصر فى استيفاء حقه فيتقرر حقها فى مهرها كاملا[٤].

أما الشافعية فيرون أن الخلوة الصحيحة لا تؤكد المهر كله للزوجة، بل تستحق المرأة إذا طلقت قبل الدخول نصف المهر فقط أو المتعة لقوله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾[٥] «والمس كناية عن المخالطة كما فسروا الإفضاء بالمخالطة لا بالخلوة»[٦].

أما المالكية فقد توسطوا بين المذهبين السابقين فقد رأوا أن مؤكدات المهر أن تنتقل الزوجة إلى منزل الزوجية وتقيم فيه مع زوجها سنة بلا دخول حقيقى بشرط بلوغه وإطاقتها مع اتفاقهما على عدم الوطء. كما أنهم لا يعولون على الخلوة القصيرة، وإنما يعولون على ما يصاحبها من الوطء ولا يحكمون بتأكيد المهر إلا إذا شهدت القرائن بالوطء[٧].

والراجح[٨] ما ذهب إليه الحنفية والحنابلة وهو ما يجرى عليه القضاء فى مصر.

اختلاف الزوجين فى الخلوة:

إذا اتفق الزوجان على أن الطلاق كان بعد الخلوة الصحيحة ترتبت عليها الأحكام الشرعية التى بيناها. وإذا اختلفا فى حدوث الخلوة بعد الطلاق بأن ادعى الزوج أن الطلاق

(١) سورة النساء الآيتان ٢٠، ٢١.

(٢) وقد حكى عن الفراء أنه قال "الإفضاء الخلوة دخل بها أو لم يدخل".

(٣) الموطأ جـ٥ ص ٣٢٧، منار السبيل جـ٢ ص١٩٦.

(٤) المغنى والشرح الكبير جـ٨ ص ٦٢ كشاف القناع جـ٣ ص٧٩، جـ٢ ص ٢٩٢.

(٥) سورة البقرة آية ٢٣٧.

(٦) قليوبى وعميرة جـ٣ ص٢٨٦، المهذب جـ٢ ص٥٧، نهاية المحتاج جـ٦ ص ٣٤١.

(٧) حاشية الدسوقى جـ٢ ص ٣٠١، مواهب الجليل جـ٣ ص ٥٠٧.

(٨) الإسلام والأسرة. عقد الزواج د. عبد الفتاح محمد أبو العينين ص ٣٧٤ وما بعدها.

حصل قبلها، وادعت الزوجة أن الطلاق حصل بعدها فالبينة عليها فإن أيدت دعواها بالبينة اعتبرت دعواها وإن عجزت كان القول للزوج مع يمينه فإن حلف كان للزوجة نصف المهر أو المتعة وإن نكل ثبتت دعوى الزوجية[١].

المقارنة بين الخلوة الصحيحة والدخول الحقيقى:

تتفق الخلوة الصحيحة مع الدخول الحقيقى بالزوجة فى الأحكام الآتية

١- تأكيد المهر الواجب بالعقد.

٢- وجوب العدة على الزوجة بعد الفرقة.

٣- ثبوت نسب الولد من الزوج.

٤- تجب النفقة للزوجة بجميع أنواعها فى أثناء العدة.

٥- حرمة الجمع بين المحارم ما دامت فى العدة.

٦- حرمة الزواج بخامسة ما دامت فى العدة.

٧- وقوع الطلاق البائن فى العدة[٢].

وتخالف الخلوة الصحيحة الدخول الحقيقى فى الأحكام الآتية:

١- الإحصان فالدخول الحقيقى يحصن الزوجين فإذا حصل زنا فحده الرجم، أما الخلوة الصحيحة فلا تحصنهما فإذا حصل زنا فحده الجلد مائة جلدة.

٢- حرمة البنات فالدخول الحقيقى بالأم يحرم البنت، أما الخلوة الصحيحة بالأم فلا تحرم البنت.

٣- المطلقة ثلاثًا لا تحل لزوجها الأول إذا تزوجت غيره واختلى بها وإنما تحل إذا دخل بها الثانى دخولاً حقيقيًا.

٤- الطلاق بعد الدخول يكون رجعيًا إذا كان الأول أو الثانى وليس فى مقابله مال، أما الطلاق بعد الخلوة فإنه يكون بائنًا.

---

(١) حاشية ابن عابدين جـ٣ ص ١٤٨، ١٤٩.

(٢) حاشية ابن عابدين جـ ٢ ص ٢٥٠.

٥- الدخول بالزوجة أو مقدماته فى أثناء العدة من الطلاق الرجعى تحصل به الرجعة عند الحنفية، أما الخلوة الصحيحة فإنها لا تحصل بها الرجعة.

٦- الميراث فلو طلقت الزوجة بعد الدخول الحقيقى طلاقًا رجعيًا ثم مات أحدهما وهى فى العدة ورثه الآخر لأن طلاقها رجعى، ولكن لو طلقت بعد الخلوة الصحيحة ثم مات أحدهما وهى فى العدة فلا يرثه الآخر لأنها بانت منه والمعتدة من طلاق بائن ليست زوجة لا حقيقة ولا حكمًا[١].

ثالثًا: من مؤكدات المهر موت أحد الزوجين ولو قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة، فإذا مات أحد الزوجين تأكد المهر وأصبح غير قابل للسقوط، لأنه استحال وقوع ما يسقطه فتقرر الوجوب، وتأكد المهر جميعه بموت أحد الزوجين لا خلاف فيه بين الفقهاء إذا كان الموت موتًا طبيعيًا أو كان بقتل أجنبى أو كان بقتل الزوج نفسه أو زوجته.

أما إذا قتلت الزوجة نفسها أو قتلت زوجها قبل الدخول فقد اختلف الفقهاء فذهب أبو حنيفة وصاحباه إلى أن المهر يتأكد كذلك لأن مناط وجوب المهر وهو العقد فقد تحقق وأن القتل يصير تفويتًا للحق عند زهوق الروح لأنه إنما يصير قتلاً فى حق المحل عند ذلك والمهر فى تلك الحالة ملك الورثة فلا يحتمل السقوط بفعلها كما إذا قتلها زوجها أو أجنبى بخلاف الردة والتقبيل لأن المهر وقت التقبيل والردة كان ملكها فاحتمل السقوط بفعلها كما إذا قتلها زوجها أو قتل المولى أمته سقط مهرها فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لا يسقط بل يتأكد.

وذهب زفر والأئمة الثلاثة[٢] إلى أن الزوجة إذا قتلت زوجها لا تستحق شيئًا من المهر لأن قتلها لزوجها جناية وما عهدت الجنايات مؤكدة للحقوق، كما يرى زفر أن المرأة إذا قتلت نفسها قبل الدخول يسقط مهرها لأن فوتت على الزوج حقه فى الاستمتاع بها.

(١) الخلوة بين الزوجين فى الزواج الفاسد لا يترتب عليها أى حكم من أحكام الخلوة الصحيحة فى الزواج الصحيح. إلا أن بعض الفقهاء يرون أن الخلوة الفاسدة كالصحيحة فى الزواج الصحيح فى إيجاب العدة بعد الفرقة احتياطًا فى المحافظة على الأنساب (الأحوال الشخصية للدكتور أحمد الغندور ص ٢١٢).

(٢) حاشية الدسوقى جـ٢ ص ٣٠١، بدائع الصنائع جـ٢ ص٢٩٤، كشاف القناع جـ٣ ص ٨٩، المجموع جـ١٦ ص ٣٥٠، وما بعدها.

والعمل يجرى فى المحاكم على قول أبى حنيفة وصاحبيه[١]. وإن كان رجحان القول الثانى ثابت وواضح لأنه لا يصح للقاتلة أن تأخذ مهرها كله لأنها فوتت عليه الاستمتاع بالحياة الزوجية سواء بإزهاقها روحه أو بقتلها نفسها.

المطلب الثامن

ما يتأثر به المهر بعد وجوبه

عرفنا ما يتأكد به المهر فيتقرر بأكمله بالدخول، والخلوة الصحيحة، وموت أحد الزوجين، فإذا حصلت الفرقة بعد حدوث واحد مما سبق وجب المهر كاملاً سواء كان المهر المسمى أم مهر المثل أما إذا حصلت الفرقة قبلها فلا يجب المهر كله، بل تارة يتنصف وأخرى يسقط إلى بدل، وثالثة لا إلى بدل وهذا تفصيل الحالات الثلاث:

الحالة الأولى: متى يجب للزوجة نصف المهر؟

يجب للزوجة نصف المهر بأربعة شروط

١ـ أن يكون عقد الزواج صحيحًا.

٢ـ أن يكون المهر مسمى تسمية صحيحة.

٣ـ أن تقع الفرقة قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة.

٤- أن تكون الفرقة بسبب من قبل الزوج سواء أكانت هذه الفرقة طلاقًا أم فسخًا بغير اختيار نفسه عند البلوغ لقوله تعالى ﴿**وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ**﴾[٢] والحكمة فى إيجاب نصف المهر المسمى فى هذه الحال أن الزوج هو سبب الفرقة، وهى لم تمانع فى تمكينه من استيفاء حقه، وكان هذا من شأنه وجوب كل المهر عليه، ولما كان حال الزوجة لم يتغير بعد الفرقة عما كانت عليه قبل العقد اقتضى عدم استحقاقها شيئًا من المهر، فوفق الشارع الحكيم بين الوجهتين وراعى الجانبين، وأوجب على الزوج لزوجته نصف المهر المسمى.

هذا وقد اتفق الفقهاء على أن الذى ينصف بالطلاق قبل الدخول حقيقة أو حكمًا هو

(١) الأحوال الشخصية د. محمد أبو زهرة ص ٢١٩.
(٢) سورة البقرة آية ٢٣٧.

المهر الذى سمى حين العقد تسمية صحيحة، كما اتفقوا على أن مهر المثل لا يتنصف، ولا المهر المسمى فى عقد الزواج الفاسد، ولا المهر المسمى تسمية غير صحيحة.

واختلفوا فى المهر الذى يفرض «للمفوضة» بعد العقد بتراضى الزوجين أو بأمر القاضى إذا ما حدثت الفرقة قبل الدخول أو الخلوة. فذهب الحنفية[١] إلى أن المهر المفروض هنا لا يتنصف وتجب المتعة. وقال الجمهور[٢] أن المفروض بعد العقد له حكم المهر المسمى فى العقد فيتنصف ولا تجب المتعة. كما اختلفوا فيما إذا تراضى الزوجان على مهر معين ثم زاد الزوج على هذا المهر بعد العقد مقداراً معلومًا. ثم حصلت الفرقة بينهما قبل الدخول والخلوة. فذهب الحنفية[٣] إلى أن الزيادة تسقط عن الزوج ولا تتنصف وقال جمهور الفقهاء[٤] أن هذه الزيادة تتنصف كما يتنصف المهر المسمى.

ومنشأ الاختلاف بين الفقهاء فيما سبق اختلافهم فى المراد من المفروض الذى يتنصف الوارد فى الآية الكريمة "فنصف ما فرضتم" فرأى الحنفية أن المراد منه المفروض وقت العقد لا غير عملاً بالعرف، وقال جمهور الفقهاء أن المراد هو المفروض مطلقًا سواء أكان وقت العقد أم بعده، لأن اللغة تسوى بينهما، والراجح هو ما ذهب إليه الجمهور لأن الفرض الواجب فى الآية الكريمة مطلق غير مقيد ولكن العمل فى المحاكم بمذهب الحنفية. وإذا نما المهر فإن كان فى يد الزوج والنماء متولد منه بأن كان دابة فولدت أو بستانًا فأثمر فبالفرقة قبل الدخول حقيقة أو حكمًا يكون هذا النماء لهما مناصفة لأنه نماء ملكهما المشترك. أما إذا كانت الزيادة غير متولدة من المهر فإن كانت متصلة به كالبناء فى الأرض فهى لمن زادها وإن كانت منفصلة كأجرة السيارة فإنها تنصف بينهما.

أما إذا كان المهر فى يد الزوجة ونما قبل أن يسترد الزوج منها نصفه بالتراضى أو بقضاء القاضى فالزيادة للزوجة لأنه نماء ملكها بالقبض. أما إذا نما بعد التراضى أو قضاء القاضى برد نصفه إلى الزوج تتنصف الزيادة بينهما لأنها نماء ملكهما ما عدا الزيادة المتصلة التى ليست نماء للمهر كالبناء فهى لمن أحدثها[٥].

---

(١) فتح القدير جـ٢ ص٣٧٣.

(٢) الأم جـ٥ ص ٦١، بداية المجتهد ونهاية المقصد جـ٢، ص٢٦، حاشية الدسوقى جـ٢ ص٣١٤.

(٣) البدائع جـ٢ ص٢٩٨ ، فتح القدير جـ٣ ص ٣٧٣. تبيين الحقائق جـ٢ ص١٤١.

(٤) حاشية الدسوقى جـ٢ ص٣١٩، المهذب جـ٢ ص٥٨.

(٥) الأحوال الشخصية للدكتور أحمد الغندور ص٢١٧.

الحالة الثانية: التى يسقط فيها المهر إلى بدل وهى التى تجب فيها المتعة.

المتعة ومتى تجب ومتى تستجب؟

المتعة: هى ما يقدمه الزوج لزوجته بعد فراقه لها من ثياب أو ما يعادلها من مال أو أى عوض، وذلك تطييبًا لنفس الزوجة وتعويضًا لها عن إيحاشها بالفرقة التى حدثت بينها وبين زوجها. وحكم المتعة عند الحنفية أنها قد تكون واجبة وقد تكون مسنونة وقد تكون مستحبة.

فتجب المتعة إذا حصلت الفرقة بسبب من جهة الزوج، وكانت قبل الدخول والخلوة الصحيحة ولم تكن هناك تسمية صحيحة للمهر عند العقد لقوله تعالى: ﴿ لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾[١] فقد دل هذا النص على وجوب المتعة أخذًا من الأمر الوارد فى قوله تعالى ﴿متعوهن﴾ والأمر يدل على الوجوب، وقد تأكد هذا الوجوب فى نهاية الآية ﴿حقًا على المحسنين﴾ أى وجب وجوبًا مؤكدًا. وكذلك بدلاً عن نصف المهر الواجب وبدل الواجب واجب فتكون المتعة واجبة[٢] وهذا هو رأى جمهور الفقهاء ما عدا مالك إذ يرى أن المتعة فى هذه الحالة مستحبة[٣] إلا أن الآية تبين خلاف ذلك.

وتسن المتعة عند الحنفية للمطلقة بعد الدخول أو بعد الخلوة الصحيحة بها وقد سمى لها الزوج مهرًا وتكون فى هذه الحالة من قبيل التسريح بإحسان عند الطلاق - كما تستحب للمطلقة بعد الدخول أو بعد الخلوة الصحيحة بها إذا كان المهر غير مسمى فى عقد الزواج، وإنما استحبت فى هذه الحالة لاجتماعها مع مهر المثل الذى هو قريب منها فى المعنى. وذهب فريق من الفقهاء إلى وجوب المتعة للمطلقة فى جميع الحالات لقوله تعالى

(١) سورة البقرة، آية ٢٣٦.

(٢) حاشية ابن عابدين جـ٣ ص ١١٠ وما بعدها، المجموع جـ١٦ ص ٣٧٩، فتح القدير جـ٣ ص ٣٣٥.

(٣) لأن الله جعلها ﴿حقًا على المحسنين﴾ وخصهم بها فيدل ذلك على أنها على سبيل التفضل والإحسان لا على سبيل الوجوب، ولو كانت واجبة ما خص الله بها المحسنين دون سواهم. وبهذا قال الليث ابن أبى ليلى أيضًا، الجامع لأحكام القرآن جـ٣ ص ٢٠٠

﴿وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾[١] ومنهم من استثنى من ذلك المطلقة قبل الدخول التى قد سمى لها مهر فلم يوجبوا لها المتعة اكتفاء بوجوب نصف المهر المسمى. وهو اتجاه حسن لأن إيجاب نصف المهر على هذا الوجه يعوض المرأة عما يلحقها من الضرر بسبب الطلاق فلا تكون هناك حاجة إلى تقرير تعويض آخر زيادة عما أوجبه الشرع وألزم المطلق به[٢].

مقدار المتعة:

والمتعة الواجبة هى كسوة كاملة من الثياب التى تلبسها المرأة عند خروجها من المنزل حسب العرف السائد ويجوز أن يعطى بدلها نقودًا حدها الأعلى نصف المهر وحدها الأدنى خمسة دراهم عند الحنفية[٣].

ويجوز أن يزيد عن نصف المهر تبرعًا عملاً بقوله تعالى ﴿وَلَا تَنسَوُا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾[٤].

وقد اختلف الفقهاء فيمن يراعى حاله عند تقدير المتعة فقد ذهب الحنفية[٥] إلى عدة آراء فمنهم من قال يجتهد ليعرف حال من يعتبر بحاله من الزوجين أو حالهما معًا ومنهم من ذهب إلى اعتبار حالها وهو الذى يشير إليه قول القدورى والكرخى لقيام المتعة مقام مهر المثل فإنها تجب عند سقوطه وفيه يعتبر حالها فكذا فى خلفه وهكذا فى النفقة والكسوة ولأن فى اعتبار حالة تسوية بين الشريفة والخسيسة وهذا منكر بين الناس.

وذهب البعض إلى اعتبار حاله وهو اختيار المصنف وصححه عملاً بالنص وهو قوله تعالى ﴿عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ﴾ وقد يقال: إن هذا يناقض قولهم أن المتعة لا تزيد على نصف مهر المثل لأنها خلفه، فإن كانا سواء فالواجب المتعة لأنها الفريضة بالكتاب العزيز وإن كان نصف مهر المثل أقل من المتعة فالواجب الأقل إلا أن ينقص عن

(١) سورة البقرة آية ٢٤١.

(٢) الأحكام الشرعية للدكتور زكى الدين شعبان ص ٢٨٠.

(٣) فتح القدير جـ٣ ص ٣٢٧-٣٢٨.

(٤) سورة البقرة آية ٢٣٧.

(٥) فتح القدير جـ٣ ص ٣٢٧.

خمسة دراهم فيكمل لها الخمسة. وهذا كله نص الأصل وهو صريح فى اعتبار حالها وهذا لأن مهر المثل هو العوض الأصلى لكنه تعذر تنصيفه لجهالته فيصار إلى المتعة خلفًا عنه فلا تجوز الزيادة على نصف المهر ولا ينقص عن الخمسة لأن أقل المهر عشرة.

أما الشافعى[١] فقد ذهب إلى أن تقديرها يرجع للقاضى معتبرًا حالهما من يسار الزوج وإعساره ونسبها وصفاتها السابقة فى مهر المثل.

لقوله تعالى ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ﴾ والثانى أن يكون مع ذلك بالمعروف لقوله تعالى ﴿وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ﴾.

وفى رأى آخر ذهب إلى حالها فقط لأنها كالبدل عن المهر وهو معتبر بها وحدها.

وقيل لا يقدرها بشىء بل الواجب أقل مال متمول كما يجوز جعله صداقًا، وفرق بأن المهر بالتراضى وعلى تقديره يجب ما يقرره[٢].

وذهب فى رأى آخر إلى أنه يعتبر حال الرجل فى يسره وإعساره لظاهر الآية وهذا ما ذهب إليه المالكية[٣] أيضًا.

وذهب البعض إلى أن المتعة الواجبة تعتبر بحالها أما المستحبة فتعتبر بحاله.

وقد ذهب الحنابلة[٤] إلى أن المتعة سواء كانت واجبة أم مستحبة يكون مقدارها بحسب حالة الزوج فى يساره وإعساره لقوله تعالى ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ﴾[٥] فلا تعتبر بحال المرأة لأنه لو كان الأمر كذلك لما كان على الموسع قدره وعلى المقتر قدره.

وقد ذهب أحمد[٦] إلى رأى آخر فقال إنه يرجع فى تقديرها إلى الحاكم وذلك لأنه أمر لم يرد الشرع بتقديره فهو يحتاج إلى الاجتهاد فيجب الرجوع فيه إلى ما يقدره الحاكم

---

(١) مغنى المحتاج جـ٣ ص ٢٤٢، نهاية المحتاج جـ٦ ص ٣٦٥.

(٢) المجموع جـ١٦ ص ٣٩١.

(٣) الجامع لأحكام القرآن للقرطبى جـ١١ ص ١٠١.

(٤) المغنى لابن قدامة جـ٨ ص ٥٢.

(٥) سورة البقرة آية ٢٣٦.

(٦) كشاف القناع جـ٥ ص ١٤٩.

كسائر المجتهدات وذكر القاضى فى رواية ثالثة عنه أنها تقدر بما يصادف نصف مهر المثل ولكن هذه الرواية ضعفت لأن نص القرآن يقتضى تقديرها بحال الزوج. وتقديرها بنصف مهر المثل يوجب اعتبارها بحال المرأة هذا من جهة، ومن جهة أخرى لو قدرت بنصف مهر المثل لكانت نصف المهر والمهر غير معين فى شيء وعلى ذلك لا متعة.

وبالمقارنة فيما ذهب إليه الفقهاء فيمن تعتبر المتعة بحاله نجد أن الجميع يكاد يجمع على أنها تكون بحسب حال الزوج يساراً وإعساراً بشرط ألا تزيد على نصف مهر المثل لأنها قائمة مقامه.

وهذا ما أميل إليه لأنه الأجدر بالاعتبار لما فيه من العدالة والرحمة بالرجل والمرأة على السواء لأنه لو اعتبرنا حال الزوجة لظلمنا الرجل لأنه ربما يكون فقيراً معسراً وهى غنية وفى ذلك ظلم على الزوج ومثل هذا الكلام يقال فيما لم اعتبرنا حال الزوجين معًا.

الحالة الثالثة: وهى التى يسقط فيها المهر كله لا إلى بدل:

متى يسقط المهر كله:؟

يسقط كل المهر ولا يجب للزوجة منه شيء بواحد مما يأتى :

١- إذا حصلت الفرقة بين الزوجين[١] قبل الدخول والخلوة بسبب من الزوجة كما إذا ارتدت عن الإسلام أو أبت الإسلام إذا أسلم زوجها ولم تكن كتابية أو اختارت نفسها عند البلوغ أو الإفاقة فى الحال التى يكون لها فيها حق الفسخ أو فعلت بأحد أصوله أو فروعه ما يوجب حرمة المصاهرة، لأنها بإقدامها على سبب الفرقة مع علمها بأنه لم يوجد ما يؤكد المهر تعتبر كأنها متنازلة عنه، وإنها قد فوتت على الزوج حقه وحالت بينه وبين المتعة. وكذلك إذا كانت الفرقة بسبب من جهة ولى الزوجة كما إذا فسخ الزواج لعدم كفاءة الزوج أو لنقصان مهر الزوجة عن مهر مثلها بناء على طلب الولى فإن الزوجة لا تستحق شيئًا من المهر، لأن هذه الفرقة تعتبر فرقة من جهة الزوجة لأن وليها من قبلها[٢].

---

(١) المغنى جـ٨ ص ١٠٢.

(٢) فتح القدير جـ٣ ص ٣٢٥ وما بعدها.

٢- إذا حصلت الفرقة من جهة الزوج قبل الدخول والخلوة وكانت فسخًا من كل وجه باتفاق الفقهاء كالفسخ بخيار البلوغ أو الإفاقة حيث يسقط المهر كله، لأن هذا الفسخ يعد نقضًا للعقد من أصله، والعقد إذا انتقض جعل كأن لم يكن.

٣- الإبراء[١] من كل المهر قبل الدخول أو بعده إذا كان المهر دينًا على الزوج.

٤- هبة الزوجة المهر كله للزوج متى كانت من أهل التبرع وقبل الزوج الهبة فى المجلس، سواء أكان قبل القبض أم بعده، وسواء أكان المهر دينًا أم عينًا مما يتعين بالتعيين أولاً.

المطلب التاسع
اقتران المهر بالشرط

إذا سمى العاقدان مهرًا فى العقد واقترنت التسمية بشرط كان الحكم كما يلى :

١- أن يسمى الزوج لزوجته فى العقد مهرًا أقل من مهر مثلها بشرط فيه منفعة مباحة شرعًا للزوجة أو لأحد محارمها فإن تحقق الشرط وجب المسمى وإن لم يتحقق الشرط وجب لها مهر مثلها. وإن كان الشرط مضرة لها، أو منفعة غير مباحة شرعًا أو كانت المنفعة لأجنبى عنها وجب المهر المسمى.

٢- أن يسمى الزوج لزوجته مهرًا أكثر من مهر مثلها ويشترط عليها فى نظير ذلك شرطًا مرغوبًا فيه فإن تحقق الشرط وجب المسمى، وإن لم يتحقق وجب مهر المثل.

٣- أن يسمى الزوج لزوجته مهرًا على شرط ويسمى لها مهرًا آخر على شرط آخر، كأن يتزوجها على ألف إن كانت متعلمة وعلى خمسمائة إن كانت غير متعلمة اختلف الفقهاء فى ذلك.

فذهب أبو حنيفة إلى أن التسمية الأولى صحيحة فإذا تحقق الشرط وجب المشروط، وأما التسمية الثانية فغير صحيحة، فإن كانت غير متعلمة وجب مهر المثل لا المسمى، على ألا يزيد على ألف لرضاها به، ولا ينقص عن خمسمائة لرضاه بها.

(١) الأحوال الشخصية د. محمد زكريا البرديسى ص١٥٤.

وذهب زفر إلى أن التسميتين فاسدتان لأن المسمى متردد بين شيئين، والترديد مورث للجهالة وتسمية المجهول فاسدة فيجب مهر المثل على ألا يزيد على الألف لرضاها به، وألا يقل عن الخمسمائة لرضاه بها.

وذهب الصاحبان إلى أن التسميتين صحيحتان فإن كانت متعلمة وجب لها المسمى الأولى، وهو الألف، وإن كانت غير متعلمة وجب لها المسمى الثانى وهو الخمسمائة لأنهما اتفقا عليه ووجهتهما فى ذلك أن لكل حالة مسمى واحدًا رضى الزوجان به ويمكن العمل بمقتضاه من غير نزاع ولا ضرر، فما يتحقق من الشرطين يجب فيه المهر الخاص به، وهذا هو الرأى الراجح فى المذهب الحنفى[١] وهو الذى يجرى عليه العمل الآن قضاء فى جمهورية مصر العربية.

المطلب العاشر

ولاية قبض المهر والتصرف فيه

يصير المهر بعد تمام العقد حقًا خالصًا للزوجة سمى فى العقد أو لم يسمَ، فإذا كانت الزوجة رشيدة كان لها الحق دون غيرها فى قبضه بنفسها أو بمن توكله عنها فى ذلك سواء أكان من أهلها أم من غيرهم وسواء أكانت بكرًا أم ثيبًا غير أنها إذا كانت ثيبًا ووكلت أباها أو جدها وجب أن يكون التوكيل منها صريحًا أما إذا كانت بكرًا فيكتفى منها بما يدل على رضاها ويعتبر سكوتها رضا منها بذلك[٢].

وإذا كانت الزوجة غير كاملة الأهلية فالذى يقبض مهرها هو وليها المالى (الأب ووصيه ثم الجد العاصب ووصيه ثم القاضى ووصيه) وليس لأحد غير هؤلاء ولاية قبض المهر ولو كان وليًا فى الزواج كالأخ الشقيق أو العم.

وللمرأة ولاية التصرف فى مهرها ما دامت كاملة الأهلية، كما هو الشأن فى تصرف كل مالك فى ملكه. كما أنه ليس لأحد أن يجبرها على تصرف معين. ويورث عنها مهرها بوصفه من سائر أموالها، مع مراعاة أن زوجها يكون من ضمن ورثتها[٣].

---

(١) شرح العناية على الهداية جـ٢ ص ٤٥٨، فتح القدير جـ٣ ص٣٢٢.

(٢) فتح القدير جـ٣ ص ٣٦٩.

(٣) فتح القدير جـ٣ ص ٣٦٩، كشاف القناع جـ٣ ص ٨٣، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ٢ ص ٣١٨.

المطلب الحادى عشر
ضمان المهر

إذا تم عقد الزواج أصبح المهر دينًا للزوجة فى ذمة زوجها، وكان لها أن تستوثق لاستيفائه بأخذ رهن به أو كفيل يضمن لها مهرها، ولا فرق بين أن يكون الكفيل قريبًا للزوجين أو لأحدهما أو أجنبيًا عنهما أو وليًا عليهما، كما لا فرق بين أن يكون الزوج صغيرًا أو كبيرًا.

والكفالة عقد كسائر العقود تتم بالإيجاب والقبول، ويشترط قبول الزوجة للكفالة فى مجلس الإيجاب إن كانت أهلاً للقبول، أو قبول وليها عنها إن كانت غير أهل للقبول.

ومتى تمت الكفالة كان للزوجة الحق فى أن تطالب بمهرها الزوج أو الكفيل، فإذا أدى الكفيل رجع بما أداه على الزوج إن كانت الكفالة بإذنه، وإلا فلا يرجع بشىء وإذا كان الكفيل أبًا للزوج والزوج صغير فليس للأب الرجوع عليه بالمهر الذى أداه عنه إلا إذا أشهد عند أدائه أنه أداه ليرجع به عليه[1].

والأصل أن المهر من مال الصغير ويلزم به الزوج ولا يلزم به الأب إلا بكفالته ولا يطالب به الأب إذا لم يكن للصغير مال ولم يكن كفيلاً على الرأى الراجح عند الحنفية.

ويرى المالكية والشافعية وفى رواية عن أحمد أن الأب إذا تولى تزويج ابنه الفقير صغيرًا أو كبيرًا كان طالبًا بالمهر لأن العرف جرى بأن الآباء يتحملون مهور الأبناء الفقراء[2] وهذا ما نرى العمل به.

المطلب الثانى عشر
هلاك المهر واستهلاكه واستحقاقه

إذا هلك المهر فى يد الزوجة بعد قبضته فهلاكه عليها ولا ترجع على الزوج بشىء، كذلك إذا استهلكته، وإن استهلكه غيرها لزمه ضمان مثله إن كان مثليًا وقيمته إن كان قيميًا.

(١) فتح القديرجـ٣ ص ٣٦٩، حاشية ابن عابدين جـ٢ ص ٤٩٠.
(٢) الأحوال الشخصية د. محمد أبو زهرة ص ٢٥١.

أما إذا استهلك أو هلك قبل القبض وهو فى يد الزوج، فإن هلك بفعل الزوج أو بآفة سماوية ضمن الزوج مثله أو قيمته، وإن هلك بفعل الزوجة اعتبرت مستوفية له بهذا الهلاك، وإن استهلك بفعل أجنبى فالزوجة بالخيار بين تضمين الأجنبى وتضمين الزوج وهو يرجع بما ضمن على الأجنبى[١].

وأما إذا استحق المهر بأن اتضح أنه ليس ملكًا للزوج بل هو ملك لغيره فالزوج ضامن لمثله أو قيمته سواء أكان الاستحقاق قبل القبض أم بعده، وإذا استحق بعض المهر كنصفه - مثلاً - فإن كان المهر مثليًا أخذت الزوجة النصف الذى لم يستحق ورجعت على الزوج بمثل المستحق، وإن كان قيميًا كدار - مثلاً - فالزوجة بالخيار - إن شاءت أخذت النصف ورجعت بقيمة النصف الآخر على الزوج - وصارت شريكة للمستحق، وإن شاءت أخذت المهر المسمى كله من الزوج - ويصير هو شريكًا للأجنبى المستحق[٢].

قضايا المهر:

القضايا المتعلقة بالمهر والمنازعات بشأنه بين الزوجين أو ورثتهما متشعبة وغير محصورة، وأهم قضايا المهر ما يأتى:

١ - القضية الأولى: الاختلاف فى أصل التسمية:

إذا ادعى أحد الزوجين أنه سمى مهراً معلومًا كألف دينار مثلاً، وأنكر الآخر حصول التسمية فالبينة على من ادعى واليمين على من أنكر فإن أقام مدعى التسمية البينة قضى بالمسمى الذى ادعاه، وإن عجز عن إقامتها وجهت اليمين بطلبه إلى منكر التسمية فإن نكل عن اليمين حكم عليه بسبب نكوله لأنه بمثابة اعتراف منه بدعوى المدعى.

وإن حلف أنه لم تحصل تسمية أصلاً رفضت دعوى التسمية لعدم ثبوتها، وحينئذ يحكم القاضى بمهر المثل لأنه هو الواجب الأصلى بعقد الزواج، ويشترط ألا ينقص مهر المثل عما ادعاه الزوج إن كان هو المدعى لرضاه بالمسمى الذى ادعاه وألا يزيد على ما ادعته الزوجة إن كانت هى المدعية لرضاها بما ادعت تسميته.

(١) شرح فتح القدير جـ٣ ص ٣٦٩، نهاية المحتاج جـ٦ ص ٣٦٢ وما بعدها.
(٢) شرح فتح القدير جـ٣ ص ٣٦٩ وما بعدها، نهاية المحتاج جـ٦ ص٣٦٢ وما بعدها.

وهذا الحكم السابق إنما يكون إذا كان الاختلاف بين الزوجين فى حالة تستحق فيها الزوجة المهر كاملاً بأن كانت الزوجية الصحيحة قائمة أو حصلت فرقة ولكن بعد وجود ما يوجب المهر كاملاً من دخول حقيقى أو حكمى.

وأما إذا كان الاختلاف بعد الفرقة وقبل الدخول حقيقة أو حكمًا وثبتت التسمية بالبينة أو بالنكول عن اليمين عند العجز عن إقامة البينة، حكم القاضى بصحة التسمية وتستحق الزوجة نصف المهر المسمى.

وإن حكم القاضى برفض دعوى التسمية لعدم ثبوتها فالواجب المتعة لأنها تجب بعد الطلاق قبل الدخول والخلوة عند عدم تسمية مهر فى العقد ولأنها تقوم مقام نصف مهر المثل على ألا تنقص عن نصف ما سماه الزوج إن كان هو المدعى وألا تزيد على نصف المهر الذى تدعيه الزوجة إن كانت هى المدعية.

وإن كان الاختلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر أو بين ورثتهما فالحكم فى هذه الحالة كالحكم فى الاختلاف بين الزوجين. وهذا قول الصاحبين.

وأما الإمام أبو حنيفة فيخالف صاحبيه فيما إذا كان الاختلاف بين ورثة الزوجين وطال العهد بموت الزوجين وموت أقرانهما ويرى أنه لا يحكم بشىء إن عجز ورثة الزوجة عن إقامة البينة على دعواهم لعدم معرفة مهر المثل لتقادم عهد الموت.

وإذا أمكن معرفة مهر المثل لعدم تقادم عهد الموت فالإمام وصاحباه متفقون على وجوب مهر المثل بعد اليمين. وأيا كان مذهب أبى حنيفة فى هذه القضية فإن المفتى به هو مذهب الصاحبين[1].

القضية الثانية: الاختلاف فى مقدار المهر المسمى:

وإذا اختلف الزوجان فى مقدار المهر المسمى مع اتفاقهما على التسمية بأن ادعت الزوجة أن المهر المسمى مائة وخمسون وادعى الزوج أن المهر مائة فقط، فالحكم فى هذه الحالة عند أبى يوسف أن الزوجة تعتبر مدعية لأنها تدعى الزيادة على الزوج، والزوج منكر، وعلى

(١) حاشية ابن عابدين جـ٢ ص ٣٧٢.

هذا تطبق القاعدة المقررة «البينة على من ادعى واليمين على من أنكر» فتطالب الزوجة بإقامة البينة على ما تدعيه فإن أقامت البينة على ما ادعت قضى لها به، وإن عجزت عن إقامة البينة وطلبت تحليف الزوج اليمين وجهت إليه اليمين. فإن امتنع عن الحلف قضى لها بما ادعت وإن حلف قضى بالقدر الذى ذكره إلا إذا كان ما ادعاه الزوج لا يصلح أن يكون مهرًا لمثلها عرفًا فيحكم بمهر المثل فإذا كان مهر المثل أقل مما تدعيه الزوجة أو مساويًا لما تدعيه حكم لها به وإن كان أكثر مما تدعيه حكم لها بما تدعيه لأن الظاهر يؤيدها فى ذلك ولا يلتفت إلى ما قاله الزوج لأنه منكر فى العرف والعادة.

وقال أبو حنيفة ومحمد: إن كلاً منهما يعتبر مدعيًا ومنكرًا ورتبا على ذلك أحكامًا كثيرة لا داعى لتفصيلها بعد أن أصبح العمل فى المحاكم يسير على رأى أبى يوسف. فقد جاء فى المادة (١٩) من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ما نصه «إذا اختلف الزوجان فى مقدار المهر فالبينة على الزوجة فإن عجزت كان القول للزوج بيمينه إلا إذا ادعى ما لا يصلح أن يكون مهرًا لمثلها عرفًا فيحكم مهر المثل وكذلك الحكم عند الاختلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر أو بين ورثتهما، والأخذ بقول أبى يوسف أعدل وتطبيقه قضاء أيسر»[١].

القضية الثالثة: المهر السرى والمهر العلنى:

قد يلجأ بعض الناس إلى الاتفاق على المهر فى السر، ثم يظهرون ويعلنون أمام الناس غير ما اتفقوا عليه وذلك يكون إما لنقص فيه أو بالزيادة عليه أو بذكر شيء آخر غيره.

فإذا حصل الاتفاق على أن يكون المهر مائة فى السر ولأجل ألا يدفعوا رسومًا كثيرة للموظف المختص سموا المهر فى العقد عشرة جنيهات فقط فيكون المهر فى هذه الحالة هو المهر السرى الذى تراضى عليه الطرفان وهو المائة وليست العشرة المعلنة فى عقد النكاح.

وإذا حصل الاتفاق على أن يكون المهر خمسين جنيهًا فى السر ثم أعلنوا فى عقد النكاح أن المهر مائتان وذلك بقصد السمعة والافتخار بين الناس فإما أن يتعرضوا فيما بينهم عند العقد إلى المهر الحقيقى الذى حصل الاتفاق عليه وإلى المهر الذى يراد تسميته فى العقد بقصد السمعة فى الزيادة عن المهر الحقيقى وإما ألا يتعرضوا لذلك فيما بينهم عند العقد.

---

(١) تفصيل ذلك فى البدائع جـ٢ ص ٢٠٥، الهداية مع فتح القدير جـ٥ ص ٤٧٥، حاشية ابن عابدين جـ٢ ص ٣٧١.

فإذا لم يتعرضوا للزيادة ولم يبينوا فيما بينهم أنها بقصد السمعة - كان المهر هو المائتان - لأنه هو الذى عقد عليه العقد، وإذا تعرضوا للزيادة وبينوها عند العقد فيكون المهر هو السرى وهو الخمسون جنيهًا فقط، وهذا هو الرأى المعتمد فى مذهب الحنفية[1].

وإذا حصل الاتفاق على أن يكون المهر مائة فى السر ثم أعلنوا أن المهر عشرة أفدنة معينة فيكون المهر هو مهر المثل إذا تعرضوا فيما بينهم لذكر العشرة أفدنة على أنها للسمعة عند العقد لأن المائة المتفق عليها لم تذكر فى العقد والعشرة أفدنة لم يحصل الاتفاق على جعلها مهرًا فتكون التسمية باطلة وعند بطلانها يرجع إلى مهر المثل.

وقد روى عن أبى حنيفة أيضًا أن المهر هو الذى ذكره فى العقد وبناء على هذه الرواية يكون المهر هو عشرة أفدنة.

وإذا لم يتعرضوا فيما بينهم لبيان أن العشرة أفدنة إنما ذكرت بقصد السمعة كان المهر الواجب هو الذى ذكره فى العقد وهو العشرة أفدنة وهذا إذا لم يكن هناك عقدان، فإن كان هناك عقدان: الأول عقد سرًا والثانى عقد جهرًا فالمهر هو الذى نص عليه فى العقد الأول لأنه هو العقد الصحيح، أما العقد الثانى فهو إجراء شكلى لا يترتب عليه شيء ما، وهذا رأى أبى يوسف ويتفق معه أبو حنيفة ومحمد إذا تعرض الطرفان عند العقد الثانى على أنه للسمعة وليس للحقيقة والواقع ويخالفانه إذا لم يحصل تعرض لذلك عند العقد، وعلى رأيهما فالواجب هو المهر الذى ذكر فى العقد الثانى.

القضية الرابعة: الاختلاف فى قبض جزء من المهر:

إذا اختلف الزوجان فى قبض معجل المهر كله أو بعضه وفى عدمه بأن ادعى الزوج أنه دفع لزوجته معجل صداقها والزوجة تنكر ذلك فإن وقع الاختلاف قبل الدخول بها طولب الزوج بإثبات ما يدعيه فإن أقام بينة على دعواه حكم له بما ادعاه، وإن عجز عن إقامة البينة كان القول للزوجة مع يمينها.

وإن وقع الاختلاف بينهما بعد الدخول الحقيقى فإن كان العرف يجرى فى البلد الذى حصل فيه الزواج بتقديم معجل المهر إلى الزوجة قبل أن تزف إلى زوجها فلا تصدق

---

(١) قليوبى وعميرة جـ٣ ص ٢٨١، فتح القدير جـ٢ ص ٤٤٣ وما بعدها.

الزوجة فى إنكارها لأن العرف يقوم هنا مقام البينة للزوج فتثبت دعواه بالعرف من غير حاجة إلى إثبات آخر(١).

وإن لم يوجد عرف يقضى بدفع معجل الصداق قبل الدخول بها كان الحكم كما بيناه «البينة على من ادعى واليمين على من أنكر».

والاختلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر أو بين ورثتهما كالاختلاف بين الزوجين حال حياتهما.

القضية الخامسة: اختلاف الزوجين فى المقبوض:

إذا أعطى الزوج قبل الدخول بها أو بعده شيئًا من النقود أو الحلى أو الثياب أو الطعام ونحو ذلك ولم يقل وقت إعطائه لها أنه هدية أو من المهر، ثم اختلفا فقال الزوج أنه من المهر وقالت الزوجة. إنه هدية. فإن أقام أحدهما بينة على ما ادعاه قضى له، وإن أقاماها جميعًا رجحت بينة الزوجة لأنها تثبت خلاف الظاهر إذ الظاهر مع الزوج لأن الإنسان يعمل أولاً على تخليص ذمته مما عليه ثم يهدى.

وإن عجز كل منهما عن إقامة البينة يرجع إلى العرف فيكون القول قول الزوجة مع يمينها فيما يجرى العرف بإهدائه، ويكون القول قول الزوج مع يمينه فيما لم يجرِ العرف بإهدائه، وإن لم يكن عرف فالقول قول الزوج بيمينه لأنه هو المعطى فيرجع إليه فى بيان غرضه من الإعطاء إلا إذا كان الشىء الذى أعطاه لزوجته يستنكر عادة أن يكون من المهر كالطعام المعد للأكل والفاكهة فيكون القول حينئذ قول الزوجة مع يمينها لأن الظاهر أن هذه الأشياء تقدم على أنها هدايا.

وإذا ثبت أن الذى أعطاه الزوج لزوجته من المهر فإن كان قائمًا بيدها فهى بالخيار إن شاءت احتبسته من مهرها واستوفت باقى مهرها منه وإن شاءت ردته واستوفت مهرها كاملاً.

وإن كان ما قدمه الزوج غير موجود فى يدها بأن هلك أو استهلك احتسب عليها من مهرها واستوفت الباقى لها من مهرها إن بقى لها منه شىء(٢).

---

(١) حاشية ابن عابدين جـ٢ ص ٣٧٢، وما بعدها.

(٢) الأحوال الشخصية للدكتور أحمد الغندور ص ٢٣١.

الجهاز ومتاع البيت والمنازعات التى تقع بشأنهما:

للفقهاء رأيان فيمن يلتزم بجهاز البيت: أولهما رأى الجمهور الذى يجعل ذلك على الزوج، لأن المهر المدفوع ليس فى مقابله الجهاز وإنما هو فى مقابله الاستمتاع بالمرأة، ولذلك فعلى الزوج وحده أن يقوم بفرش البيت، وإحضار ما يلزمه من المتاع والأدوات كما يلزم بالإتفاق على الزوجة وكسوتها، وليس له أن يجبرها على فرش أمتعتها التى اشترتها هى وإنما له أن ينتفع بها بإذن منها، وإذا اغتصب شيئًا من أمتعتها حال قيام الزوجية أو بعد انقضائها كان ملزمًا برده أو برد مثله أو قيمته إن استهلك أو هلك عنده.

ولكن إذا دفع الزوج مقداراً من المال زيادة عن المهر فى مقابله الجهاز، ففى هذه الحالة تلزم الزوجة بإعداد الجهاز فى حدود ما دفعه الزوج وفاء بالشرط الذى اتفقا عليه لقوله ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم إلا شرطًا أحل حرامًا أو حرم حلالاً» وأما إذا كانت الزيادة غير مستقلة عن المهر بأن سمى لها مثلاً أكثر من مهر مثلها، ولو كان ذلك من قبله طمعًا فى أن يجهزها أبوها جهازًا فاخرًا، ففى هذه الحالة لا تكون الزوجة ملزمة بالجهاز كما هو الأصل لأن الزيادة متى جعلت من ضمن المهر التحقت به وأخذت حكمه فتصير حقًا خالصًا للزوجة[(١)].

ويتفرع على ما تقدم أن يكون ما تدخل به الزوجة منزل الزوجية من جهاز ملكًا خالصًا لها سواء أكانت اشترته بمالها أو اشتراه أبوها لها، لأن الأب وإن كان غير ملزم شرعًا بتجهيز ابنته لزوجها إلا أنه قد تبرع بشراء ما جهزها، فإذا تسلمته منه كان ملكًا خالصًا لها بالقبض وليس له أن يسترده بعد ذلك لأنه يأخذ حكم الهبة ولا يجوز الرجوع فى الهبة للقريب المحرم، وإذا كان الأب قد اشترى لابنته جهازها ومات قبل أن يدفع ثمنه، ففى هذه الحالة يكون الثمن أو ما بقى منه دينًا فى تركة الأب ما دام الشراء قد تم فى حالة صحته، فإن تم فى حال مرض الموت فإنه يكون مقيداً بالثلث فإن خرج منه فبها ونعمت ولا اعتراض لأحد من الورثة عليها، وأما إن زاد على الثلث فإنه يتوقف فى الزائد على إجازة الورثة لأنه يأخذ حكم الوصية.

---

(١) الدكتور وهبة الزحيلى، ص ٣١٢، الدكتور محمد يوسف موسى ص ٢١٣، وكذلك الأستاذ أحمد إبراهيم بك ص ٥٠ وما بعدها.

وما يجرى به العرف فى بعض المدن المصرية على أن الزوجة تقوم بتجهيز منزل الزوجية وإن ينظر إلى الصداق المدفوع باعتباره جزءاً من ثمن الجهاز المطلوب فى حين أن ما يقوم به ولى الزوجة يعتبر شيئًا كبيراً بالنسبة لما يدفعه الزوج من صداق، هذا العرف يعتبر عرفًا دخيلاً على النظام الإسلامى وبدعة وافدة(١).

والرأى الثانى هو رأى المالكية الذى يقرر أن الجهاز واجب على الزوجة بمقدار ما تقبضه من المهر، فإن لم تقبض شيئًا فلا جهاز عليها إلا إذا اشترط الزوج عليها التجهيز أو كان العرف يلزمها بذلك، لأن الزوج إنما يدفع المهر لهذا الغرض، ولأن المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا والمهر ليس حقًا خالصًا للزوجة ولذلك فلا يجوز أن تنفق منه على نفسها أو تقضى منه دينها، وإن كان يجوز للمحتاجة أن تنفق منه وتكتسى بالشىء القليل بالمعروف كما يجوز أن تقضى منه الدين القليل كالدنيار مثلاً إذا كان المهر كثيراً(٢).

وقد نص فى المادة رقم ٦٦ من مشروع قانون الأحوال الشخصية رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على حكم مأخوذ من مذهب مالك إذ تنص على أن: «الزوجة تلتزم بتجهيز نفسها لزوجها بما يتناسب وما عجل من مهر قبل الدخول ما لم يتفق على غير ذلك فإذا لم يعجل شىء من المهر فلا تلتزم بالجهاز إلا بمقتضى الاتفاق أو العرف» وقد جرى قضاء المحاكم الشرعية فى مصر قبل إلغائها على هذا الحكم ولكن هذه المادة لم تذكر فى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩(٣).

ولكن المعمول به اليوم فى القضاء المصرى هو مذهب الحنفية والجمهور القائل بأن المهر ملك خالص للمرأة ولا صلة له بالجهاز الذى يجب على الزوج فى الأصل.

---

(١) حقوق الأسرة للدكتور يوسف قاسم ص ٢٣٨ وما بعدها.

(٢) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ٢ ص ٣٢٧-٣٢٨ الدكتور محمد يوسف موسى، ص ٢١٣.

(٣) سمالوط ٣١/٢٦٠ فى ٤-٦-١٩٣٢ «العادة والعرف يقضيان بأن الزوجة تجهز بمهرها وتزف به لزوجها ولا يدخل الزوج عادة إلا بعد أن تزف إليه بما جهزت به من مهرها وهذه عادة مستفيضة فى جميع البلاد المصرية لا يختلف فيها إقليم عن آخر وهو عرف منتشر لا يخفى على أحد حتى أصبحت هذه العادة لازمة من لوازم الدخول - والعادة لها اعتبار فى الأحكام»، مجلة المحاماة الشرعية السنة ٤ ص ٧٩٠.

وأما عن المنازعات التى تحصل بشأن الجهاز ومتاع البيت فهى إما أن تكون بين الأب وابنته فى صفة الجهاز، أو بين الزوج وزوجته فى ملكية هذا الجهاز.

فإذا جهز الأب أو الجد مثلاً البنت بغير تصريح من المجهز بأن هذا يعتبر هبة منه للبنت فهى تملكها بالقبض أو عارية فيجوز له أن يستردها، وبعد أن انتقلت بجهازها إلى منزل الزوجية ادعى أى من هؤلاء أو من ورثتهم الذين يقومون مقامهم أن الجهاز كان عارية فمن ثم يجوز لهم استرداده وادعت الزوجة أنه كان هبة وأنها ملكته بالقبض ولا حق لهم إذن استرداده فكيف يكون الفصل فى هذا النزاع؟

من الثابت فى هذا الصدد أن من ينور دعواه بالحجة ويقيم البينة عليها يحكم له بما يدعيه لأنه أثبت دعواه بحجة لا معارض لها.

وإن أقام كل منهما البينة على دعواه كان الحكم لمن تثبت بينته خلاف الظاهر لأن هذا هو الأصل فى البينات، ويراد بالظاهر فى هذه المسألة العرف، فإن كان العرف يقضى بأن الأب إنما يجهز ابنته على سبيل الهبة التى لا يجوز له أن يرجع فيها ففى هذه الحالة يحكم وفقًا لبينة الأب الذى يدعى أن الجهاز كان على سبيل العارية وهى مما يسترده المعير، وإن كان العرف بعكس ذلك يقضى بأن الأب إنما يجهز ابنته على سبيل العارية فهنا يحكم وفقًا لبينة البنت التى تثبت أن الجهاز على سبيل الهبة فلا يجب رده للأب.

وإن عجز كل منهما عن إثبات مدعاه بالبينة كان القول قول من يشهد له الظاهر وهو العرف مع يمينه، وإن لم يكن العرف شاهدًا لواحد منهما أو كان مشتركًا بينهما ففى هذه الحالة يكون القول للأب أو لورثته مع اليمين لأنه هو المعطى والمقدم لجهاز ابنته فهو الأعرف بما إذا كان قدمه لها على سبيل العارية أو على سبيل التمليك، وقيل يكون القول هنا للزوجة أو ورثتها مع اليمين لأن اليد لهم، والعرف فى صالحهم فى الغالب فإن التجهيز على سبيل العارية مسألة نادرة وربما لم تحصل أبدًا، لأن المشاهد أن الأب يشمر عن سواعد جده فى تجهيز ابنته حتى ولو بهم الدين ومذلته، وما ذلك منه إلا لاعتقاده بأنه دين عليه وواجب يثقل كاهله لصالح ابنته ولا يتصور أن يرجع فيه أبدًا[1].

(١) فتح القدير على الهداية جـ٣ ص ٣٨٠ رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين جـ٢ ص ٣٧٦ وما يليها وفى الفتح ما نصه: «زوج بنته وجهزها ثم ادعى أن ما دفعه لها عارية وقالت تمليكًا أو قال الزوج =

وأما إذا اختلف الزوجان حال الزوجية أو بعد انتهائها فى ملكية أثاث البيت ومتاعه فادعى كل منهما أنه له دون الآخر، فهنا أيضًا يكون الحكم لمن يثبت دعواه بالبينة، وإن أقام كل منهما البينة على دعواه كانت بينة من يثبت خلاف الظاهر هى الراجحة لأن هذا هو الأصل فى الإثبات بالبينات كما قدمنا، فإن لم يكن لهما بينة كان القول لمن يشهد له الظاهر مع يمينه فما يصلح لها كثياب النساء وأدوات الزينة يكون لها وما يصلح للرجل ككتب العلم لمن يشتغل به وآلات الطب للطبيب وأدوات الصناعة للصانع يكون له لا لها، وما يصلح للرجال والنساء معًا كالفرش والأسرة والبسط وأدوات الحمام وأوانى المطبخ وأشباه ذلك فيكون للزوج بيمينه أيضًا لأن يده ظاهرة على البيت وما فيه يكون ظاهر الحال شاهدًا بملكيته هذه الأشياء وهذا رأى الطرفين أبى حنيفة ومحمد[(١)].

وقال أبو يوسف القول فى ذلك كله للمرأة بيمينها فى قدر جهاز أمثالها، وما زاد على ذلك يكون القول فيه للزوج مع يمينه لأن الظاهر يشهد للزوجة إلى قدر جهاز مثلها لأن المرأة لا تخلو من الجهاز عادة فكان الظاهر شاهدًا لها فى ذلك القدر فكان القول فى هذا القدر قولها، والظاهر يشهد للرجل فى الباقى فكان القول قوله فيه.

ورأى أبى يوسف هذا رأى منطقى وعملى ويسهل الفصل فى القضايا ولذلك ينبغى الأخذ به لأن الزوجة تجهز عادة بما يليق بها من مالها أو من مال أبيها، وفيما تشتريه كثير من هذه الأشياء التى تصلح لهما معًا مثل فرش حجرة الاستقبال وحجرة النوم وأدوات المطبخ والحمام وأشباه ذلك[(٢)] ومع ذلك كله يأخذ القضاء المصرى برأى الطرفين المتقدم[(٣)].

= ذلك بعد موتها ليرث منه وقال الأب عارية، قيل القول للزوج ولها لأن الظاهر شاهد به إذ العادة دفع ذلك إليها هبة واختاره السعدى، واختار الإمام السرخسى كون القول للأب لأن ذلك يستفاد من جهته والمختار للفتوى القول الأول إن كان العرف ظاهرًا بذلك.. الخ».

(١) البدائع جـ٢ ص ٣٠٩.

(٢) حكم محكمة القصير ٣١/٤٥ فى ١٣-٩-١٩٣٢ «إذا اختلف الزوجان فى متاع البيت وكان مما يصح استعماله لكل منهما فالقول فيه للزوج بيمينه لأنه صاحب اليد»، مجلة المحاماة الشرعية السنة ٦ ص ١٥٠.

(٣) البدائع جـ٢ ص ٣٠٩ الدكتور وهبة الزحيلى، جـ٧ ص٣١٢ وفى المذهب المالكى القوانين الفقهية ص ٢١٣ والمذكور هنالك مثل رأى الطرفين الذى ذكرناه تفصيلاً فى الصلب، ونقل الكاسانى عن الشافعى أن متاع البيت عند الاختلاف عليه ينصف بين الزوجين مطلقًا.

وإذا كان النزاع فى ملكية الجهاز بعد وفاة الزوجين كان الحكم هو نفسه كالحكم فى حال حياتهما لأن ورثة كل منهما تقوم مقامه، وإن كان النزاع قد نشب بعد وفاة المرأة بين الزوجين وورثتها اتبع نفس الحكم المتقدم أيضًا: فيكون القول للزوج بيمينه عند الطرفين لأنه قائم مقامها، ولأنها لو كانت حية لكان القول له باعتبار اليد فبعد الموت أولى، وعند أبى يوسف يكون القول لورثتها إلى جهاز مثلها لأنها لا تخلو من الجهاز عادة، أما إذا كان الزوج هو الذى مات وكان النزاع بين ورثته وبين الزوجة فعند محمد أن القول قول ورثة الزوج، وعند أبى يوسف القول قولها إلى مقدار جهاز مثلها، وعند أبى حنيفة يكون القول للزوجة فيما يصلح لهما معًا من المتاع لأن يدها عليه صارت قوية بعد موت الزوج فكان الظاهر شاهدًا لها.

والمستقر عليه فى القضاء أن المتاع الخاص بالزوجة والكائن فى منزل الزوجية يعتبر أمانة فى يد الزوج، ولذلك فلا يضمنه الزوج إلا بالتعدى وذلك بأن يفعل بالوديعة ما لا يرضى به المودع[1].

ونفس الحكم بالنسبة لأمتعة الزوج الخاصة. فإذا تلف متاع الزوج نتيجة استعمال الزوجة له مع إذنه لها بالاستعمال فلا يكون مضمونًا عليها[2].

---

(١) محكمة ديروط ٣٤٨/ ٤٣ فى ٦- ٣- ١٩٤٥، مجلة المحاماة الشرعية السنة ١٧ ص٤٧. وكذلك سوهاج ٢٠٧٥/ ٤٦ فى ٥- ٥ - ١٩٤٨ «الجهاز فى يد الزوج أمانة فإذا طولب به وامتنع من تسليمه انقلبت يده يد ضمان وصار فى حكم الغاصب شرعًا وقانونًا»، مجلة المحاماة الشرعية السنة ٢٠ ص ٢٢٢.

(٢) القصير ٤٥/ ٣١ فى ١٣- ٩- ١٩٣٢ مجلة المحاماة الشرعية السنة ٦ ص ١٥٠ وكذلك ديروط ١٤٤١/ ٤٢ فى ٣٠- ١٠ - ١٩٤٥ "الدفع بأن بعض أعيان الجهاز مما يستهلك كالملابس غير مقبول لأن ذلك لا يمنع أن تكون أمانة كغيرها تضمن إذا وجد سبب الضمان ولذا تحرر القائمة بها على معنى أنها مضمونة متى هلكت على أنه لا يلزمها وهى فى بيته أن تلبس من مالها فما تلبسه من ذلك مضمون عليه. مجلة المحاماة الشرعية السنة ٧ ص ٤٠٨.

المبحث الثانى
نفقة الزوجة

النفقة فى اللغة اسم لما ينفقه الإنسان على غيره. وتطلق فى اصطلاح الشرعيين على ما تحتاج إليه الزوجة من طعام وكسوة وفرش وخدمة وكل ما يلزم لها بحسب العرف.

حكمها:

النفقة واجبة للزوجة على زوجها جزاء احتباسها وقصرها نفسها عليه بحكم العقد الصحيح. ودليل وجوبها قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾[١].

فقد أوجب الله نفقة الوالدات وهن الزوجات على المولود له وهو الزوج الذى ينسب إليه الولد. وقوله تعالى: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلاَّ مَا آتَاهَا﴾[٢] وقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِن كُنَّ أُولاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾[٣] فقد أوجبت الآيات الإنفاق على المطلقات مدة العدة، وإذا كانت نفقة المطلقة واجبة على من طلقها فنفقة الزوجة واجبة على زوجها من باب أولى.

وقد جاء فى السنة ما يدل على وجوب نفقة الزوجة منها قوله ﷺ فى حجة الوداع: «اتقوا الله فى النساء .. ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف»[٤] وقوله ﷺ: «أطعموهن مما تأكلون واكسوهن مما تكتسون ولا تضربوهن ولا تقبحوهن»[٥].

وقد روى أن امرأة أبى سفيان اشتكت إلى رسول الله بخل زوجها وقالت: «يا رسول

---

(١) الآية ٢٣٣ من سورة البقرة.

(٢) الآية ٧ من سورة الطلاق.

(٣) الآية ٦ من سورة الطلاق.

(٤) سبل السلام جـ٣ ص ٢١٨ وما بعدها.

(٥) نيل الأوطار جـ٦ ص ٣٢١ وما بعدها.

الله إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطينى من النفقة ما يكفينى ويكفى ولدى إلا ما آخذه من ماله بغير علمه» فقال: لها الرسول: «خذى من ماله ما يكفيك وولدك بالمعروف»[١]، فأمر الرسول لها بأخذها من ماله يدل على وجوب النفقة.

ولقد انعقد إجماع المسلمين على وجوب نفقة الزوجة من عصر رسول الله إلى الآن.

وأيضًا إيجاب نفقة الزوجة على زوجها هو مقتضى العقل والعدل لأن الزوجة تكون متفرغة للزوج وللحياة الزوجية، ومن تفرغ لحق غيره كانت نفقته واجبة عليه.

سبب وجوب النفقة:

والنفقة تجب على الزوج بسبب تفرغ الزوجة لحياتها الزوجية والذى يمكن معه تحقيق أغراض الزواج بناء على عقد الزواج الصحيح.

شرط وجوب النفقة:

١- أن يكون عقد الزواج صحيحًا. فلا نفقة للمعقود عليها عقدًا باطلاً أو فاسدًا، والمدخول بها بناء على شبهة. فإذا أنفق عليها ثم ظهر له فساد العقد لكون المعقود عليها أخته من الرضاع مثلاً، كان متبرعًا ولا رجوع له عليها إلا إذا كان قد أنفق عليها بحكم قضائى بناء على صحة الزواج ثم تبين فساده فله حينئذ أن يرجع.

وكان من الواجب ألا يكون هناك فرق بين ما إذا أنفق عليها دون إذن القاضى أو بإذنه لأنهما لا يعلمان فساد العقد فتكون قبل ظهور الفساد محتسبة لأجله فيجب عليه نفقتها فكان من الواجب ألا يرجع عليها بشيء مما أنفقه ولو كان بحكم القاضى.

٢- أن تكون الزوجة صالحة لتحقيق أغراض الزوجية وواجباتها وذلك بأن تكون كبيرة أو صغيرة ويمكن الدخول بها.

فالزوجة الصغيرة التى لا تصلح للدخول بها ولا لإيناس الزوج لا تجب لها النفقة إتفاقًا، وأما إذا كانت صالحة للخدمة أو للإئتناس بها ولكن لا يمكن الدخول بها وجبت لها النفقة فى رأى أبى يوسف لرضائه بهذا القدر، وخالفه أبو حنيفة ومحمد وذهبا إلى عدم وجوب نفقتها على الزوج لأن المقصود الأصلى من الزواج غير ممكن الاستيفاء[٢].

---

(١) السنن الكبرى للبيهقى جـ٧ ص ٤٦٦.

(٢) البدائع جـ٤ ص١٩٠. فتح القدير جـ٤ ص ٣٨٣.

وأما إذا كان الزوج صغيراً لا يقدر على الوطء وهى كبيرة فلها النفقة من ماله لأن التسليم قد تحقق منها وإنما العجز من قبله فصار كالمجبوب والعنين وإذا كانا صغيرين فالراجح أنه لا يجب النفقة لاعتبار جانبها.

وإذا كانت الزوجة مريضة: فإن كان مرضها سابقًا بأن كانت مريضة فى بيت أبيها قبل أن تزف إلى زوجها وكان المرض يمنعها من الانتقال إلى منزل الزوجية، فإنه لا نفقة لها بالإجماع فإن كان فى الإمكان الانتقال إلى بيته وطلبها فامتنعت فلا نفقة لها أيضًا.

وأما إن كان مرضها لاحقًا بأن زفت إلى زوجها ثم مرضت فلها النفقة ما دامت فى بيت الزوجية. ولو كان مرضها مزمنًا، وذلك لأن الاحتباس قد يتم كاملاً والمرض عارض وهو كيفما كان قابل للزوال والحقوق الدائمة لا تسقط بالأمور العارضة، ولأن حسن العشرة يوجب أن يتحمل كل واحد منهما صاحبه فى مرضه وسقمه.

وقد نص القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على هذا الحكم فى المادة الثانية منه فقال: «ولا يمنع مرض الزوجة من استحقاقها للنفقة .. وتشمل الغذاء والكسوة والمسكن ومصاريف العلاج - وغير ذلك بما يقضى به الشرع».

وإضافة مصاريف العلاج إلى مشتملات النفقة يعتبر أمرًا حسنًا توجبه المروءة ويحتمه حسن العشرة بين الزوجين ولاسيما إذا كان الزوج موسراً.

٣- ألا يفوت حق الزوج فى تفرغ الزوجة للحياة الزوجية بغير سبب شرعى، وبسبب ليس من جهته وعلى ذلك.

(أ) لا نفقة للزوجة الناشز وهى التى رفضت الانتقال إلى بيت زوجها بلا حق أو انتقلت إليه ثم خرجت منه ولم تعد إليه بلا سبب مشروع ولا تعد الزوجة ناشزًا إذا كان امتناعها عن طاعة زوجها بسبب شرعى كما إذا كان الزوج لم يؤد إليها معجل صداقها، وكما إذا كان المسكن الذى أعده لها لم يستوفِ المرافق والأدوات اللازمة للحياة الزوجية أو إذا كان المسكن مشغولاً بسكنى الغير.

كذلك لو كانت تقيم معه فى بيتها ومنعته من المجىء إليه، تعتبر خارجة عن طاعته، فلا تجب لها النفقة وإذا ارعوت إلى طاعة زوجها عادت إليها النفقة من يوم عودتها.

(ب) كذلك لا نفقة للمحبوسة فى جريمة من الجرائم أو دين ولو كان الحبس ظلمًا لأنها بذلك فوتت على الزوج حقه فيكون جزاؤها تفويت حقها فى النفقة طول مدة حبسها، ولكن إذا كان هو الذى طلب حبسها بدين له عليها فإن النفقة تجب لها فى أصح الآراء.

(جـ) وكذلك لا نفقة للزوجة التى غصبها رجل كرهًا - فحال بينها وبين زوجها - مدة بقائها لدى الغاصب لفوات التفرغ بسبب ليس من قبل الزوج. وروى عن أبى يوسف أن النفقة واجبة لها فى حالتى حبسها وغصبها لأن فوات الاحتباس الموجب للنفقة ليس منها فلا منع فيهما لحق الزوج من جهتها[1].

(د) الزوجة المسافرة إذا سافرت سفرًا عاديًا وحدها أو مع غير محرم فلا نفقة لها، لفوات التفرغ بسبب من جهتها ولعصيانها بهذا السفر الذى لم يصاحبها فيه زوجها ولا أحد محارمها. وإن كان سفرها لأداء فريضة الحج فإن كان قبيل انتقالها إلى بيت الزوجية فلا نفقة لها أيضًا. وإن كان بعد انتقالها إلى بيت الزوجية ولم يكن زوجها معها لم تجب لها النفقة أيضًا ولو كان خروجها مع محرم لها فى قول أبى حنيفة ومحمد لفوات التفرغ للحياة الزوجية وقال أبو يوسف إذا خرجت مع ذى رحم محرم لها لأداء الفريضة تجب لها نفقة الإقامة لا السفر لأن سفرها قد كان لأداء فريضة الحج التى وجبت عليها وتحققت استطاعتها بوجود ذى الرحم المحرم الذى صاحبها. وإن كان الحج الذى خرجت من أجله تطوعًا لم تستحق النفقة اتفاقًا.

أما إذا خرج زوجها معها لأداء الحج فإن نفقتها تجب عليه بالاتفاق وتكون النفقة الواجبة هى نفقة الإقامة لا نفقة السفر إذا كان الزوج قد سافر معها من أجل حجها أو كان كل منهما مسافرًا بقصد الحج.

وأما إذا كان الزوج هو الذى يرغب فى أداء الحج واستصحب معه زوجته فإن النفقة الواجبة تكون شاملة لنفقة السفر أيضًا لأن سفرها من أجله وإن كانت تؤدى الحج تبعًا.

وإذا كانت ظروف الزوج تقتضى أن يسافر إلى مكان ما فترة تطول أو تقصر لعمل أو دراسة، فإن من حقه أن يصطحب معه زوجته فى سفره. فإذا امتنعت عن السفر فلا نفقة

(١) فتح القدير جـ٤ ص ٣٨٥.

لها متى كان مأمونًا على نفسها ومالها وأوفاها معجل صداقها ولم يقصد بصحبتها معه فى السفر الإضرار بها والكيد لها وهذا هو ظاهر الرواية وعليه الفتوى.

ويرى المحققون من الفقهاء تفويض الأمر إلى القاضى فيقضى بما يراه من المصلحة وهذا ما يجرى عليه العمل.

(هـ) وأما الزوجة التى تباشر عملاً يستدعى بقاؤها خارج منزل الزوجية فترة تطول أو تقصر، فإذا كان ذلك بموافقة الزوج فإن نفقتها لا تسقط لأنه قد رضى هو بإسقاط بعض حقه، فإن منعها من العمل فامتنعت وأطاعته فى ذلك فتكون نفقتها عليه لأن الاحتباس الكامل قائم وموجود، وإن منعها من العمل فلم تمتنع فإن ذلك يعد نشوزًا منها يترتب عليه سقوط نفقتها. ورضا الزوج بعملها فى الماضى لا يمنعه فى المستقبل من منعها لأن الحق له فى ذلك، ولا بد للزوجة من طاعتها لزوجها وإلا كانت ناشزًا وسقطت نفقتها.

وإذا كان هناك شرط على الزوج أن تعمل زوجته فالواجب مراعاة الشرط، وقد قال الرسول ﷺ: «المسلمون عند شروطهم» وذلك مقيد بعدم منافاته لمصلحة الأسرة.

والذى جرى عليه العمل فى مصر هو وجوب نفقة الزوجة العاملة على زوجها إذا أذنها الزوج بالعمل، أو عملت دون اعتراض منه أو تزوجها عالمًا بعملها، إذ بإقدام الزوج على الزواج بها وهو يعلم أنها تعمل، تعتبر بمثابة الرضا منه بسقوط حقه فى الاحتباس الكامل، وليس للزوج أن يمنع زوجته من أن تزاول فى البيت عملاً لا ينافى قيامها بحقوق الزوجية كالحياكة وقراءة الكتب والإطلاع على الصحف ونحو ذلك.

وقد تعرض القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ فى مادته الثانية لبعض أحكام النفقة ونص فى الفقرة الخامسة من المادة: «ولا يعتبر سببًا لسقوط نفقة الزوجة خروجها من مسكن الزوجية - بدون إذن زوجها - فى الأحوال التى يباح فيها ذلك بحكم الشرع مما ورد به نص أو جرى به عرف أو قضت به ضرورة ولا خروجها للعمل المشروع ما لم يظهر أن استعمالها لهذا الحق المشروع مشوب بإساءة استعمال الحق أو منافٍ لمصلحة الأسرة وطلب منها الزوج الامتناع عنه».

ويظهر أن هذا النص معيب من حيث إن عبارة: ولا خروجها للعمل المشروع ما لم يظهر أن استعمالها لهذا الحق المشروط مشوب بإساءة استعمال الحق أو منافٍ لمصلحة الأسرة وطلب منها الزوج الامتناع عنه.

هذه العبارة - تكلمت عن خروج المرأة للعمل المشروع وجعلته مشروطًا، ثم أشارت فى نهايتها إلى طلب الزوج من زوجته الامتناع عنه.

ويفهم من هذا النص أن الزوج لا يحق له أن يطلب من زوجته الامتناع عن الخروج إلا إذا ظهر أن استعمالها لهذا الحق المشروط مشوب بإساءة استعمال الحق وأنه منافٍ لمصلحة الأسرة فعند ذلك له أن يطلب منها عدم الخروج. ثم إن التعبير بالفعل "يطلب" يشعر انه فقد حق الطاعة الثابت له شرعًا لما له من قوامة عليها أثبتها الله جل وعلا، كما أن تقدم الحق المشروط فى أول العبارة، ثم بعد ذلك تأخير الحق الأساسى الثابت شرعًا للزوج وجعله فى نهاية الفقرة - كل هذا - يصور النص وكأنه جعل الاستثناء أصلاً وجعل الأصل استثناء.

كذلك هذا النص معيب فى صياغته فى عبارة «فى الأحوال التى يباح فيها ذلك بحكم الشرع مما ورد به نص أو جرى به عرف أو قضت به ضرورة» لأن العطف بأو يقتضى التخيير فى اللغة ومن المسلم به أنه لا اعتبار لعرف لا يتفق مع الشرع وكذلك نص الشرع على مراعاة حكم الضرورة عند تشريع الأحكام فكان يجب الاكتفاء بحكم الشرع فقط وأما ما بعدها فعار عن الفائدة[1].

تقدير النفقة:

إذا كانت الزوجة تقيم مع زوجها فهو الذى يتولى الإنفاق عليها ويتولى إحضار ما فيه كفايتها من طعام وكسوة وغيرهما وما دام متوليًا هذا الإنفاق وقائمًا بما يجب عليه فليس للزوجة أن تطلب فرض نفقة. فإذا كان بخيلاً لا يقوم بكفاية زوجته أو تاركًا لها بلا نفقة بغير حق فلها أن تطلب إلى القاضى فرض نفقة لها من طعام وكسوة وغيرهما ويجيبها القاضى إلى طلبها متى ثبت له صحة دعواها.

(١) حقوق الأسرة للدكتور يوسف قاسم ص٢٤٧.

ويراعى فى تقدير النفقة ما يأتى:

١- حال الزوج المالية يسرًا وعسرًا وتوسطًا بينهما، وهذا هو مذهب الشافعية، وهو قول صحيح فى مذهب الحنفية، وهو الذى يجرى عليه العمل فى المحاكم وفى هذا تقول المادة ١٦ المعدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ تقدر نفقة الزوجة بحسب حال الزوج وقت استحقاقها يسرًا أو عسرًا على ألا تقل النفقة فى حال المعسر عن القدر الذى يفى بحاجاتها الضرورية، وهذا ما تؤيده النصوص الشرعية إذ هو صريح قوله تعالى: ﴿**لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلاَّ مَا آتَاهَا**﴾[1] وقول النبى ﷺ فى حق الأزواج: «أطعموهن مما تأكلون واكسوهن مما تكتسون». وأيضًا فإن الزوجة بتزوجها المعسر فقد رضيت بالنفقة التى يقدر عليها وهى نفقة الإعسار ولو كانت موسرة.

٢- أن يتبع فى فرض النفقة ما هو الأيسر والأسهل على الزوج فى الدفع فإن كان عاملاً يشتغل باليومية قدرت النفقة عليه يومًا فيومًا، وإن كان يأخذ أجرته بالأسبوع كالصناع قدرت عليه كل أسبوع، وإن كان يأخذ أجره كل شهر كأصحاب المرتبات فرضت عليه كل شهر، وإن كان من أهل الزراعة قدرت عليه حسب مواسم الحصاد.

والجارى عليه العمل فى المحاكم فرض مقدار من النقود لطعام الزوجة ومسكنها كل شهر ومقدار آخر لبدل كسوتها كل ستة أشهر على اعتبار أنها تحتاج فى السنة إلى كسوتين واحدة للصيف وأخرى للشتاء وبعض القضاء يفرض مبلغًا شهريًا لطعامها وكسوتها ومسكنها بدون تفصيل مراعيًا فيما يفرضه كفاية فى الأنواع الثلاثة حسب حال زوجها وهذا هو الغالب فى القضاء.

٣- يجب مراعاة تغير الأسعار فى الأسواق غلاء ورخصًا، أو تغير حال الزوج المالية عند تقدير النفقة رعاية للزوجين. فإذا تغيرت حال الأسعار وقت الفرض إلى زيادة أو تحسنت حال الزوج المالية عما كانت عليه حين الفرض، كان للزوجة أن تطلب زيادة نفقتها وإذا نقصت الأسعار أو ساءت حال الزوج المالية بعد الفرض، فللزوج أن يطلب تخفيض النفقة.

---

(١) الطلاق: ٧.

المسكن الشرعى:

يجب على الزوج أن يعد لزوجته مسكنًا شرعيًا، لقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ﴾(١)، ويجب على الزوجة أن تطيعه فيه بحيث إذا امتنعت من الطاعة بغير مبرر شرعى كانت ناشزة وسقط حقها فى النفقة، وإن لم يهيئ الزوج لزوجته مسكنًا شرعيًا فرض لها القاضى أجرة مسكن إذا طلبت الزوجة ذلك. ويراعى القاضى فى فرض أجرة المسكن حال الزوج المالية وأجور المساكن. ولا يكون المسكن شرعيًا إلا إذا تحققت فيه الشروط الآتية:

١- أن يكون ملائمًا لحالة الزوج المالية سواء كان منزلاً مستقلاً أو شقة فى منزل، أو حجرة من شقة حسب عرف أمثاله فى المسكن.

٢- أن يكون مشتملاً على كل ما يلزم من أثاث وفراش ومرافق وغيرها مما تحتاجه الأسرة ويراعى فى ذلك حالة الزوج المالية من يسار وإعسار ووضعه الاجتماعى.

٣- أن يكون المسكن خاليًا من أهله وأهلها باستثناء ولده الذى لم يبلغ سن التمييز حتى تتحقق فيه للزوجة حريتها الكاملة.

٤- أن يكون بين جيران صالحين تأمن فيه الزوجة على نفسها ومالها.

ولا يحق للزوج أن يسكن زوجته مع ضرتها لأن ذلك يؤذيها وتتضرر به والإسلام يمنع الضرر، فلا يصح للزوج أن يجمع بين زوجتيه فى شقة واحدة، بل لا يصح أن يجمع بينهما فى بيت واحد به شقق كثيرة تنفرد كل زوجة منهما بواحدة على القول المختار، لأن قرب الزوجة من ضرتها مظنة الإيذاء، بل إن مجرد وجود الضرة إيذاء لها.

وإذا أسكنها فى شقة من منزل يسكن فيه أحد أقاربه كان المسكن شرعيًا فليس لها أن تطلب النقلة منه إلا إذا لحقها أذى بقول أو فعل.

نفقة الخادم:

إذا كان الزوج موسرًا والزوجة ممن يخدم مثلها، أو كانت مريضة ولم تجد من يمرضها كان عليه إحضار خادم لها يقوم بخدمتها، فإن رفض إحضار خادم لها فرض لها القاضى أجرًا لخادمها. وإذا احتاجت لأكثر من خادم لزمه ما يكفيها من الخدم تبعًا ليساره وهذا هو

(١) الطلاق: ٦.

رأى أبى يوسف والمالكية وعليه الفتوى. وقال أبو حنيفة ومحمد والجعفرية لا يلزمه إلا خادم واحد لأن فيه الكفاية، وما زاد عليه فضرب من الترف لا يكلف به الزوج.

وإذا كان الزوج معسراً، ولو كانت الزوجة ممن يخدم مثلها أو كان الزوج موسراً وكانت تقوم بخدمة نفسها فى بيت أبيها فلا تجب عليه نفقة خادم لزوجته أصلاً وعلى الزوجة أن تخدم نفسها.

غياب الزوج وأثره على النفقة:

إذا كان الزوج غائبًا[١] ولكنه ترك لزوجته ما تنفق منه فلا إشكال لأنه قام بواجب الإنفاق فى هذه الحالة. وكذلك إذا كان فى بيته مال مدخر وقد نفد ما تركه لزوجته على سبيل النفقة فإنه يجوز لها شرعًا أن تأخذ من مال زوجها ما يكفى لنفقتها بالمعروف لقوله صلى الله عليه وسلم لهند زوجة أبى سفيان «خذى من ماله ما يكفيك وولدك بالمعروف».

أما إذا غاب الزوج وكان له مال ظاهر[٢] يمكن تنفيذ الحكم بالنفقة منه ثبت حق الزوجة فى هذا المال الظاهر، ولا فرق فى ذلك بين أن يكون المال الظاهر من جنس النفقة أم لا، والنقود الموجودة لهذا الغائب هى التى ينفذ الحكم فيها أولاً، فإذا لم توجد له نقود فينفذ الحكم فى المنقولات ثم فى العقار ولا يجوز بيع منزل السكنى، وإن لم يكن له مال ظاهر فيجوز للقاضى أن يحكم عليه بالنفقة مع غيابه ويأذن لزوجته أن تستدين عليه، وعند حضوره يطالب بسداد هذا الدين ويجوز للزوجة أن تطلب بتطليقها من زوجها الغائب وعلى القاضى أن يطلقها لذلك إذا لم يكن هناك عذر لغيابه غيبة قريبة. وهذا هو المطبق قضاء بعد صدور القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ وهو مأخوذ من مذهب الأئمة الثلاثة: مالك والشافعى وأحمد، وتنص المادة الخامسة من القانون المذكور على ما يأتى: «إذا كان الزوج غائبًا غيبة قريبة فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم بالنفقة فى ماله فإن لم يكن له مال ظاهر أعذر إليه القاضى بالطرق المعروفة وضرب له أجلاً فإن لم يرسل ما تنفق زوجته على نفسها

---

(١) الغائب هو الشخص الذى يتعذر إحضاره إلى مجلس القضاء وذلك يشمل البعيد الذى لا يوجد فى البلد الذى توجد فيه زوجته ويشمل القريب المختفى فى نفس البلد الذى توجد فيه الزوجة.

(٢) المال الظاهر هو المال المعروف الذى يمكن التنفيذ عليه بالطرق القانونية أو يمكن أن تستوفى الزوجة نفقتها منه بسهولة.

أو لم يحضر للإنفاق عليها طلق القاضى عليه بعد مضى الأجل، فإن كان بعيد الغيبة لا يسهل الوصول إليه أو كان مفقوداً وثبت أنه لا مال له تنفق منه الزوجة طلق القاضى عليه فى الحال، وتسرى أحكام هذه المادة على المسجون الذى يعسر بالنفقة».

وإذا عاد الزوج الغائب من غيبته كان له أن يعارض فى الحكم أو يدفع دعوى الزوجة بما يبطلها كأن يدفعها بأنها مطلقة انقضت عدتها أو أنها ناشزة لا تستحق النفقة أو أنه عجل لها النفقة قبل غيبته فإذا أثبت ما دفع به بالبينة نقض الحكم وكان له الرجوع على زوجته بما أخذته من ماله بغير حق.

دين النفقة:

يرى الحنفية أن نفقة الزوجة لا تكون ديناً قوياً إلا بتوافر شرطين:

الأول: أن تكون النفقة مقدرة بالاتفاق بين الزوجين أو بحكم من القضاء.

الثانى: أن تكون الزوجة قد أذنت بالاستدانة من الزوج أو من القاضى وقامت فعلاً بالاستدانة للنفقة على حساب زوجها. فإن المبالغ التى استدانتها باعتبارها نفقة تكون ديناً قوياً فى ذمة الزوج لا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء.

ويرى مالك والشافعى وأحمد أن نفقة الزوجة تعتبر ديناً قوياً من وقت وجوبها على الزوج دون أن تتوقف على أمر آخر لا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء، وإن لم يكن هناك تراضٍ ولا قضاء قاضٍ ولا إذن بالاستدانة، لأن النفقة وجبت جزاء الاحتباس فلا وجه لسقوطها بعد تقررها إلا بما تسقط به سائر الديون الثابتة. وهذا ما يجرى عليه العمل قضاء فى مصر وهذا ما أخذ به القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ حيث نص فى مادته الأولى على أنه «تعتبر نفقة الزوجة التى سلمت نفسها لزوجها ولو حكماً ديناً فى ذمته من وقت امتناع الزوج عن الإنفاق مع وجوبه بلا توقف على قضاء أو تراضٍ بينهما، ولا يسقط دينها إلا بالأداء أو الإبراء». وهذا ما أكدته المادة الثانية من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ولكن يلاحظ أن هذا النص لم يحدد مدة يجب وفاء دين النفقة عنها ولذا فقد أسىء استخدامه برفع الدعاوى الكيدية عن مدد سابقة تزيد عن الحد المعقول.

لهذا رأى المشرع - علاجًا لهذا الأمر - أن يمنع سماع دعوى النفقة عن مدة ماضية، لأكثر من ثلاث سنوات ميلادية نهايتها تاريخ رفع الدعوى وهو ما جاء فى المادة ٩٩ فقرة ٦ من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ ولكن هذا القانون الأخير أسىء استعماله أيضًا فأصبحت معظم دعاوى النفقة ترفع عن مدة ثلاث سنوات سابقة بغض النظر عن الصدق والواقع. فصدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ مؤكدًا أن دين النفقة لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء ومنع سماع الدعوى عن النفقة لمدة تزيد عن سنة واحدة نهايتها تاريخ رفع الدعوى.

مرتبة دين النفقة:

نصت المادة الثانية من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ فى فقرته الأخيرة على أن يكون لدين نفقة الزوجة امتياز على جميع أموال الزوج ويتقدم فى مرتبته على دين النفقات الأخرى. وبهذا قضى على تلاعب بعض الأزواج الذين كانوا يطلبون من بعض من وجبت نفقتهم عليهم رفع دعاوى لعرقلة حصول الزوجة على نفقتها أو تقليل القدر الذى تحصل عليه الزوجة حيث يتقاسم هؤلاء مع الزوجة القدر المخصص للتنفيذ به على الشخص من دخله.

الإبراء من دين النفقة:

ولما كانت نفقة الزوجة تعتبر دينًا فى ذمة الزوج من وقت امتناعه عن أدائها بغير حق شرعى على الرأى المختار المعمول به فى القضاء لذا يجوز للزوجة أن تبرئه من هذا الدين كله أو بعضه ولكن النفقة المستقبلة لا يصح الإبراء منها لأنها لم تثبت دينًا بعد والإبراء لا يكون إلا من دين قد تعلق بالذمة.

المقاصة بدين النفقة:

ذهب الحنفية إلى أنه إذا كانت النفقة دينًا صحيحًا فى ذمة الزوج لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء، فإذا كان للزوج دين فى ذمة الزوجة وطلب أحدهما مقاصة الدينين، أجيب إلى طلبه لاستواء الدينين فى القوة ويفرق الأئمة الثلاثة بين طلب الزوجة وطلب الزوج فإذا طلبت الزوجة أجيب لطلبها ولو لم يرضَ الزوج، وإذا طلب الزوج مقاصة دين نفقتها بما عليها لا يجاب إلى طلبه إلا إذا رضيت الزوجة أو ثبت أنها موسرة تستطيع أداء ما عليها من الدين. أما إذا كانت معسرة فلا يجاب الزوج إلى طلب المقاصة لأن إحياء النفس مقدم

على وفاء الدين. وهذا هو المختار. وقريب من هذا ما نصت عليه الفقرة قبل الأخيرة من المادة الثانية من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ حيث تقول: «ولا يقبل من الزوج التمسك بالمقاصة بين نفقة الزوجة وبين دين له عليها إلا فيما يزيد على ما يفى بحاجتها الضرورية».

تعجيل النفقة:

إذا عجل الزوج لزوجته نفقة شهرين مثلاً ثم طرأ فى أثناء هذه المدة ما يجعلها لا تستحق النفقة كالنشوز أو موت أحد الزوجين لم يكن للزوج ولا لأحد من ورثته استرداد شيء من النفقة المعجلة لأنها صلة والصلة بين الزوجين لا رجوع فيها وهذا هو رأى الشيخين وهو ما يجرى العمل به فى المحاكم[١].

النفقة الوقتية:

استحدث المشرع المصرى حكمًا جديدًا دفعًا لما تقع فيه الزوجة من حرج بسبب حاجتها إلى ما تنفق منه على نفسها وللحد من إطالة أمد التقاضى التى لا تتواءم وطبيعة دعاوى النفقة[٢]. وهذا الحكم يحقق الرفق بالزوجات ولا ضرر منه على الأزواج. وفى هذا تقول المادة ١٦ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدلة بأحكام المادة الثانية من القرار بقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ «وعلى القاضى فى حالة قيام سبب استحقاق النفقة وتوافر شروطه أن يفرض للزوجة فى مدى أسبوعين على الأكثر من تاريخ رفع الدعوى نفقة مؤقتة تفى (بحاجتها الضرورية) بحكم غير مسبب واجب النفاذ فورًا إلى حين صدور الحكم بالنفقة بحكم واجب النفاذ». فإذا صدر الحكم النهائى كان للزوج أن يجرى المقاصة بين ما أداه من النفقة المؤقتة وبين ما حكم به نهائيًا للزوجة بحيث يترك لها ما يفى بحاجاتها الضرورية.

---

(١) وذهب مالك والشافعى ومحمد بن الحسن إلى أن للزوج أو لورثته أن يسترد من المعجل نفقة المدة التى لا تستحق نفقة عنها لأن النفقة جزاء احتباسها وبعد النشوز أو الموت فات الاحتباس فلا حق لها فيه وعليها أن ترده.

(٢) يجب ملاحظة أن الشريعة الإسلامية ليست هى المسئولة عن تلك الإجراءات المعطلة لحصول الزوجة على نفقتها وإنما المسئول الأول هو القوانين الوضعية والإجراءات المدنية وعدم الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية منهجًا وسلوكًا (حقوق الأسرة للدكتور يوسف قاسم ص٢٤٢).

الكفالة بالنفقة:

لما كان الرأى المختار يوجب للزوجة النفقة من تاريخ العقد وتعتبر دينًا صحيحًا فى ذمة الزوج من غير توقف على القضاء أو التراضى أو الاستئذان فى الاستدانة، فعلى ذلك تصح الكفالة بالنفقة ماضية كانت أو حاضرة، وكذلك لو كانت مستقبلة على الرأى الراجح طالت المدة أم قصرت رفقًا بالزوجة وإعانة لها على استيفاء نفقتها.

وهذا هو المعمول به فى مصر ولهذا جعل فى الوثيقة الرسمية مكان خاص بالكفالة ليدون فيه ما إذا كفل أحد الزوج فى المهر والنفقة أو فى أحدهما.

ولكن هل يجبر القاضى الزوج على تقديم كفيل إذا طلبت الزوجة؟

يرى المذهب الحنفى أنه لا يجبر الزوج على ذلك ما دام لا يغيب، أما إن كان يغيب ويطيل الغيبة أجبره القاضى على تقديم كفيل بنفقة المدة التى يغيبها إذا كانت معلومة، فإن لم تعلم المدة أجبره على تقديم كفيل بشهر واحد لأن ذلك أقل الواجب وهو المتيقن فى النفقات المقدرة بالشهر، وهذا عند أبى يوسف، ويرى أبو حنيفة عدم إجباره على تقديم كفيل مطلقًا لأن النفقة لم تثبت دينًا بعد ولم يطالب الزوج بها، ولا يجبر إنسان على تقديم كفيل بحق لم يطالب به ولم يعرف امتناعه عن أدائه. والفتوى على قول أبى يوسف لما فيه من احتياط لحق الزوجة ولا ضرر فيه على الزوج[1].

الامتناع عن تنفيذ حكم النفقة وعقوبته:

إذا امتنع المحكوم عليه عن تنفيذ الحكم الصادر فى النفقات فإن كان موسرًا وله مال ظاهر باع القاضى من أمواله وأعطى المحكوم لها بذلك ما تنفق منه على نفسها.

وإن كان موسرًا وليس له مال ظاهر، كان للزوجة ومن فى حكمها أن تطلب إلى القاضى حبس المدين بالنفقة ليحمله على أدائها والقاضى يجيب طلبها متى كان حكم النفقة نهائيًا، وثبتت عنده قدرة المدين على أداء النفقة وأمره بالأداء فامتنع. والجارى عليه العمل أن مدة الحبس لا تزيد على ثلاثين يومًا وأنه لا يحبس المدين للدين الواحد أكثر من مرة. أما إذا أدى المحكوم عليه ما حكم به أو أحضر كفيلاً فإنه يخلى سبيله. ولا تسقط النفقة

(١) حاشية ابن عابدين جـ٢ ص ٦٨٨، البحر الرائق لابن نجيم جـ٤ ص ٢٠٤.

بالحبس بل يبقى لصاحبها الحق فى الحصول عليها بما يتيسر له من طرق التنفيذ الاعتيادية تنص المادة ٣٤٧ من القانون رقم٧٨ لسنة ١٩٣١ على أنه "إذا امتنع المحكوم عليه من تنفيذ الحكم الصادر فى النفقات.. يرفع ذلك إلى المحكمة الجزئية التى أصدرت الحكم أو التى بدائرتها محل التنفيذ ومتى ثبت لديها أن المحكوم عليه قادر على القيام بما حكم به وأمرته ولم يمتثل حكمت بحبسه ولا يجوز أن تزيد مدة الحبس عن ثلاثين يومًا أما إذا أدى المحكوم عليه ما حكم به أو أحضر كفيلاً فإنه يخلى سبيله وهذا لا يمنع من تنفيذ الحكم بالطرق الاعتيادية.

وإذا كان المدين بالنفقة محجوراً عليه لم يحكم عليه بالحبس بل على وليه لأنه المطالب بأداء ما على المحجور عليه من الحقوق المالية.

ولا يحبس الكفيل بالنفقة بل ينفذ حكم النفقة فى ماله من غير حاجة إلى الحكم عليه بالتنفيذ متى كانت الكفالة صادرة أمام موظف رسمى.

أما إذا كان الزوج معسراً غير قادر على أداء النفقة المفروضة عليه لزوجته فليس للقاضى حق حبسه، متى ثبت لديه إعساره وعجزه عن الأداء لأن الحكم بالحبس لدفع ظلمه بامتناعه عن الإنفاق مع القدرة ولا ظلم مع المعسرة، وقال الله تعالى: «(وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة»). وإنما يأذن لها القاضى بالاستدانة عليه متى طلبت ذلك. كما يجوز لها أن تطلب التفريق إذا عجز عن الإنفاق عليها أو امتنع عنه مع قدرته حسب الرأى المختار وهذا ما نص عليه القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠.

المبحث الثالث

العدل بين الزوجات

إذا نظرنا إلى بناء الأسرة نجد أن الرجل هو صاحب الكلمة العليا فيها. ولهذا فهو المسئول عن إقامة العدل الذى تطيب له النفوس وتصان معه الحقوق حتى تعيش الأسرة فى أمن ورضا واطمئنان.

المطلب الأول: العدل بين الزوجات حال الإقامة:

العدل حق من حقوق الزوجة على زوجها ويكون من المتزوج بواحدة بأن يعاملها بما يجب أن تعامله به وليتق الله فى معاملته لها متذكرًا قوله تعالى ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ﴾[١] وليتفهم أن تلك الدرجة قد حددها الشارع بالطاعة والتأديب غير الجافى والقرار فى بيته[٢] فلا يكون فظًا غليظًا فى معاملتها ولا يضيق عليها فى المعيشة فالله سبحانه يقول ﴿وَلا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَن يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾[٣]، أما إذا كان متزوجًا بأكثر من واحدة فيجب عليه أن يلتزم بما أمر الله سبحانه به ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً﴾[٤] وذلك بأن يعدل بينهن جميعًا فلا يميز واحدة على أخرى فى نفقة أو كسوة أو مبيت أو مؤانسة أو إحسان معاملة ولطف معاشرة إلى غير ذلك من المسائل المادية الظاهرة التى هى فى قدرة الإنسان.

أما ما سوى ذلك من المحبة القلبية فلا يطالب به لأنه خارج عن حيز الاستطاعة ولأن ذلك فى غير مقدور البشر فقد روى عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت: كان رسول الله ﷺ يقسم بين نسائه ويعدل ويقول «اللهم هذا قسمى فيما أملك فلا تلمنى فيما تملك ولا أملك»[٥].

والعدالة فى المحبة والميل القلبى هى المنفية فى قوله تعالى ﴿وَلَن تَسْتَطِيعُوا أَن تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ﴾[٦].

ويسوى الحنفية فى حق المبيت بين البكر والثيب والكبيرة والصغيرة والزوجة الحديثة والقديمة والمسلمة والكتابية، لأنهما يستويان فى سبب وجوب القسم وهو النكاح لأن كلاً منهن زوجة مستدلين بقوله تعالى «﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً﴾[٧] عقب قوله تعالى ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلاثَ وَرُبَاعَ﴾[٨] أى إن خفتم ألا تعدلوا فى القسم

(١) سورة البقرة آية ٢٢٨.
(٢) الأحوال الشخصية د. محمد أبو زهرة ص١٩٣.
(٣) سورة البقرة آية ٢٣١.
(٤) سورة النساء الآية ٣.
(٥) سبل السلام جـ٣ ص ١٦٢.
(٦) سورة النساء، الآية ١٢٩.
(٧، ٨) سورة النساء آية ٣.

والنفقة فى نكاح المثنى والثلاث والرباع فواحدة فقد ندب سبحانه وتعالى إلى نكاح الواحدة عند خوف ترك العدل فى الزيادة وإنما يخاف على ترك الواجب فدل على أن العدل بينهن فى القسم والنفقة واجب إليه وأشار فى آخر الآية بقوله تعالى ﴿ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلاَّ تَعُولُوا﴾(١) أى تجوروا والجور حرام فكان العدل واجبًا ضرورة ولأن العدل مأمور به لقوله عز وجل: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالإِحْسَانِ﴾(٢) على العموم والإطلاق إلا ما خفى أو قيد. ولا قسم للمملوكات بملك اليمين وإن كثرن لقوله عز وجل ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾(٣) فقصر الإباحة فى النكاح على عدد لتحقق الجور فى الزيادة ثم ندب سبحانه وتعالى إلى نكاح الواحدة عند خوف الجور فى الزيادة وأباح من ملك اليمين من غير عدد فدل على أنه ليس فيه خوف الجور وإنما لا يكون إذًا لم يكن لهن قسم أو لو كان لكان فيه خوف الجور كما فى المنكوحة ولأن سبب الوجوب هو النكاح ولم يوجد. أما إذا كانت(٤) إحداهما حرة والأخرى أمة فللحرة يومان وللأمة يوم لما روى عن على رضى الله عنه موقوفًا عليه ومرفوعًا إلى النبى ﷺ أنه قال للحرة الثلثان من القسم وللأمة الثلث، ولأنهما ما استويا فى سبب الوجوب وهو النكاح فإنه لا يجوز نكاح الأمة بعد نكاح الحرة ولا مع نكاحها.

هذا التفاوت بين الحرة والأمة فى السكنى والبيتوتة، أما فى المأكول والمشروب والملبوس فإنه يسوى بين الحرة والأمة لأن ذلك من الحاجات اللازمة.

وقد ذهب الحنفية(٥) إلى أن المريض فى وجوب القسم عليه كالصحيح تمامًا.

وكذلك يرى المالكية(٦) أنه يجب القسم على الزوج البالغ العاقل ولو كان مجبوبًا أو مريضًا للزوجات المطيعات ولو إماء أو كتابيات فى المبيت.

أما فى النفقة والكسوة فالرأى الراجح عندهم أن لكل ما يليق بها. فله أن يوسع على من شاء منهن حتى تتساوى بمثيلاتها.

(١) سورة النساء آية ٣.
(٢) سورة النحل آية ٩٠.
(٣) سورة النساء آية ٣.
(٤) بدائع الصنائع جـ٢ ص ٣٣٢، المبسوط جـ٥ ص ٢١٨.
(٥) بدائع الصنائع جـ٢ ص ٣٣٣.
(٦) حاشية الدسوقى جـ٢ ص ٣٣٩، بداية المجتهد جـ٢ ص ٦٥.

أما المريض إذا كان يستطيع الطواف عليهن وجب عليه ذلك أما إذا لم يستطع أقام عند إحداهن وسقط حق الباقيات لفوات زمنه فلا محاسبة للمظلومة بقدر ما مكثه عند زوجته الأخرى.

أما الشافعية[١] فيرون أن له أن يقسم لهن لأن النبى ﷺ قسم لنسائه، ولا يجب عليه ذلك لأن القسم لحقه فجاز له تركه وإذا أراد أن يقسم لم يجز أن يبدأ بواحدة منهن من غير رضا البواقى إلا بقرعة. وإذا قسم لواحدة بالقرعة أو بغيرها لزمه القضاء للبواقى لأنه إذا لم يقض كان مائلاً. كذلك إذا كان الزوج مريضًا له أن يقسم لأن الأنس لا يحصل إلا به.

ويرى الحنابلة[٢] أنه لا يجوز للزوج أن يبتدئ بواحدة من زوجاته إلا بقرعة لأن البداية بإحداهن تفضيل لها والتسوية واجبة ولأنهن متساويات فى الحق ولا يمكن الجمع بينهن فوجب المصير إلى القرعة.

وإذا كان الزوج مريضًا وجب عليه القسمة لأن القسم للأنس وذلك حاصل ممن لا يطأ لمرضه فقد روى عن عائشة[٣] رضى الله عنها أن رسول الله ﷺ كان يسأل فى مرضه الذى مات فيه «أين أنا غدًا، يريد يوم عائشة، فأذن له أزواجه أن يكون حيث شاء فكان فى بيت عائشة».

فلو سقط القسم بالمرض لم يكن للاستئذان فى هذه الحال مجال.

المطلب الثانى: العدل بين الزوجات حال السفر:

ذهب الحنفية إلى أن لا قسم على الزوج إذا سافر حتى لو سافر بواحدة منهن فإذا طلبت الأخرى أن يبيت عندها مدة السفر فليس لها ذلك لأنه ليس من حقها لأن مدة السفر ضائعة بدليل أن له أن يسافر وحده دونهن لكن الأفضل أن يقرع بينهن فيخرج بمن خرجت قرعتها تطييبًا لقلوبهن ودفعًا لتهمة الميل عن نفسه. هكذا كان يفعل ﷺ إذا أراد السفر أقرع بين نسائه[٤].

---

(١) المجموع شرح المهذب جـ١٦ ص ٤٢٥.

(٢) المغنى والشرح الكبيرجـ٨ ص ١٣٨.

(٣) سبل السلام جـ٣ ص١٦٤.

(٤) بدائع الصنائع جـ٢ ص ٣٣٣.

أما المالكية[١] فقد ذهبوا إلى أربعة أقوال أولها وهو الرأى الراجح عندهم أن الزوج له حق اختيار من شاء من زوجاته للسفر معه إلا إذا كان سفر حج أو غزو فيقرع بينهن لأن المشاحة تعظم فى سفر القربات وتأولت بالاختيار مطلقًا حتى لو كان فى حج أو غزو أما الأقوال الثلاثة الأخرى فهى القرعة مطلقًا وقول أن الإقراع فى الحج والغزو فقط لأن المشاحة تعظم فى سفر القربات.

أما القول الأخير فالإقراع فى الغزو فقط لأن الغزو تشتد فيه الرغبة لرجاء فضل الشهادة.

ويرى الشافعية[٢] أنه لا يجوز أن يسافر بواحدة من غير قرعة لما فى ذلك من ميل وترك للعدل. أما إذا سافر سفرًا طويلاً لم يلزمه القضاء للمقيمات لأن عائشة رضى الله عنها لم تذكر القضاء ولأن المسافرة اختصت بمشقة السفر فاختصت بالقسم.

أما إذا كان السفر قصيراً ففيه وجهان: أحدهما لا يلزمه القضاء مثل السفر الطويل، والثانى يلزمه لأنه فى حكم الحضر.

ويرى الحنابلة[٣] أنه إذا سافر عن امرأته لعذر وحاجة سقط حقها فى القسم والوطء وإن طال سفره، وإذا أراد السفر فلا يخرج معه منهن إلا بقرعة فإذا قدم ابتدأ القسم بينهن[٤].

فقد روى عن عائشة رضى الله عنها أن النبى ﷺ كان إذا أراد سفرًا أقرع بين نسائه وأيتهن خرج سهمها خرج بها معه. ولأن السفر مع إحداهن من غير قرعة تفضيلاً لها عن الأخريات وميلاً إليها وهذا منهى عنه.

المطلب الثالث: حق الزفاف وموقف الفقهاء منه:

وإذا تزوج الرجل بزوجة جديدة فإن كانت بكرًا خصها بسبع ليال متوالية وإن كانت ثيبًا خصها بثلاث ليالى فقد روى عن أنس[٤] رضى الله عنه قال: من السنة إذا تزوج الرجل

---

(١) حاشية الدسوقى جـ٢ ص ٣٤٣.
(٢) المجموع شرح المهذب جـ١٦ ص ٤٣٩.
(٣) المغنى والشرح الكبير جـ٨ ص ١٤٢.
(٤) المرجع السابق جـ٨ ص ١٥٥.

البكر على الثيب أقام عندها سبعًا ثم قسم وإذا تزوج الثيب أقام عندها ثلاثًا ثم قسم، ولا يقضى للزوجات الأخريات هذه المدة. ثم يقسم بعد ذلك بين باقى الزوجات.

وهذا ما يراه المالكية[١]. والشافعية[٢]. والحنابلة[٣]. أما الحنفية[٤] فيرون أنه لا تخص الزوجة الجديدة بشىء سواء كانت بكرًا أم ثيبًا من غير تفرقة بين الجديدة والقديمة. ويرون فقط أن يبتدئ بالجديدة بشرط أن يسوى بينهما لأن القسم من حقوق النكاح كالنفقة ولا تفاوت فى ذلك بين البكر والثيب.

وإنى أرى ترجيح رأى الجمهور لقوة أدلتهم.

هل يجوز أن تهب إحدى الزوجات قسمها لصاحبتها وهل يشترط رضاء الزوج بذلك:؟

لو وهبت إحداهن قسمها لصاحبتها أو رضيت بترك قسمها جاز لأنه حق ثبت لها فلها أن تستوفى ولها أن تترك فعن عائشة[٥] رضى الله عنها أن سودة بنت زمعة وهبت يومها لعائشة وكان النبى ﷺ يقسم لعائشة يومها ويوم سودة.

فالحديث يدل على جواز هبة المرأة لضرتها فإن رجعت عن ذلك وطلبت قسمتها فلها ذلك لأن ذلك كله كان إباحة منها والإباحة لا تكون لازمة.

وقد رأى بعض الفقهاء[٧] إلى أنها إذا وهبت يومها له فله أن يجعله لمن يشاء من نسائه أما إذا جعلته لضرتها المعينة فلا يجوز له أن يجعله لغيرها لأن الليلة حقها ولا يشترطون رضا الزوج بتنازلها.

(١) سبل السلام جـ ٣ ص ١٦٢.
(٢) حاشية الدسوقى جـ ٢ ص ٣٤٠.
(٣) المجموع شرح المهذب جـ ١٦ ص ٤٣٦.
(٤) المغنى ويليه الشرح الكبير جـ ٨ ص ١٥٩.
(٥) شرح فتح القدير جـ ٣ ص ٤٣٣.
(٦) سبل السلام جـ ٣ ص ١٦٣.
(٧) فتح القدير جـ ٣ ص ٤٣٧.

ويرى المالكية(١) أن الزوجة إن وهبت ضرتها كان للزوج حق المنع من ذلك إذ قد يكون له غرض فى الواهبة لا للأخرى. ولها الرجوع فيما وهبته لزوجها أو لضرتها.

ويرى الشافعية(٢) أنه لا يجوز لها أن تهب ليلتها من غير رضا الزوج لأن حقه ثابت فى استمتاعه فلا تملك نقله إلى غيرها من غير رضاه ويقولون أيضًا إن وهبت ليلتها ثم رجعت لم يصح الرجوع فيما مضى لأنه هبة اتصل بها القبض ويصح فى المستقبل لأنها هبة لم يتصل بها القبض.

ويشترط الحنابلة(٣) رضا الزوج لأن حقه فى الاستمتاع به لا يسقط إلا برضاه وإن وهبتها للزوج فله جعلها لمن شاء لأنه لا ضرر على الباقيات فى ذلك إن شاء جعله للجميع وإن شاء خص بها واحدة.

وهكذا فالعدل بين الزوجات حق لهن جميعًا، فإذا لم يعدل الزوج بين زوجاته كان لمن أصابها ضرر عدم العدل أن ترفع أمرها إلى القاضى.

وعلى القاضى إلزامه بالعدل المستطاع، فإن امتنع عزره حتى يعدل فى قسمه، ويرى الإمام مالك أن للزوجة حق طلب التفريق للضرر الناشئ من عدم العدل.

المبحث الرابع
عدم الإضرار بالزوجة

من حق الزوجة على زوجها ألا يؤذيها بقول أو فعل أو خلق، فلا يسمعها من الكلام ما يجرح كرامتها أو يحط من منزلتها، ولا يخاطبها بالغلظة والفظاظة، ولا يضربها بلا سبب مشروع، ولا يكرهها على استقبال أصدقائه الذين يزورونه، ولا يضيق عليها فى المعيشة منفقًا أكثر مما يكسب على ما حرم الله، ولا يمسكها كرهًا عنها لتفتدى بمال

(١) حاشية الدسوقى جـ ٢ ص ٣٤٢.
(٢) المجموع شرح المهذب جـ ١٦ ص ٤٤٢.
(٣) المغنى والشرح الكبير جـ ٨ ص ١٥٢.

ليطلقها، وما أشبه ذلك من كل ما يؤلم الزوجة ويجرح شعورها، لقوله تعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَن يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾(١).

وحسن معاملة الزوجة دليل على أصالة الزوج ومتانة خلقه وإهانتها أمارة خبثه ولؤمه، يقول ﷺ: «ما أكرمهن إلا كريم وما أهانهن إلا لئيم» ويقول: «أكمل المؤمنين إيمانًا أحسنهم خلقًا وخياركم خياركم لنسائهم». ويقول: «خياركم خياركم لأهله وأنا خيركم لأهلى»(٢) ويقول: «.. ولا تضرب الوجه ولا تقبح ولا تهجر إلا فى البيت».

فإذا خرج الزوج عن أدب الإسلام، وآذى زوجته بالقول أو بالفعل كان لها أن ترفع أمرها إلى القاضى ليزجره ويعزره بما يراه رادعًا له، ويرى المالكية أن للزوجة الحق فى طلب التفريق للضرر، وللقاضى تطليقها جبرًا على الزوج طلقة واحدة بائنة متى ثبت الضرر دفعًا للظلم وإنصافًا للزوجة. وهو ما نؤيده، وما يجرى عليه العمل فى المحاكم الآن.

* * *

---

(١) الآية ٢٣١ من سورة البقرة.

(٢) نيل الأوطار جـ ٦ ص ٣٥٩.

الفصل الثانى
حقوق الزوج على زوجته

حقوق الزوج على زوجته هى: الطاعة، والقرار فى البيت، وولاية تأديبها بالمعروف شرعًا.

المبحث الأول
الطاعة والقرار فى البيت

يجب على الزوجة أن تطيع زوجها فى غير ما نهى الله عنه لأنه لا طاعة لمخلوق فى معصية الخالق، وأن تحفظه فى نفسها وماله، وأن تمتنع عن عمل أى شىء يضيق به.

وهناك أحاديث كثيرة تحث الزوجة على طاعة زوجها منها قوله ﷺ: «أيما امرأة ماتت وزوجها عنها راض دخلت الجنة» وقوله: «.. ولو كنت آمرًا أحدًا أن يسجد لغير الله لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها، والذى نفس محمد بيده لا تؤدى المرأة حق ربها حتى تؤدى حق زوجها»[1] ويعتبر الإسلام طاعة الزوجة زوجها جهادًا فى سبيل الله، فقد روى أن امرأة جاءت إلى النبى ﷺ فقالت: «يا رسول الله، أنا وافدة النساء إليك، هذا الجهاد كتبه على الرجال، فإن يصيبوا أجروا وإن قتلوا كانوا أحياء عند ربهم يرزقون، ونحن معشر النساء نقوم عليهم فما لنا من ذلك؟»، فقال ﷺ: «أبلغى من لقيت من النساء أن طاعة الزوج واعترافًا بحقه يعادل ذلك وقليل منكن من يفعله» ويقول الإمام على: «جهاد المرأة حسن التبعل».

ومما لا جدال فيه أن طاعة الزوجة لزوجها هى السبيل لإقرار السلام فى البيت، وبذلك يكون الأمن والأمان والراحة والاطمئنان خاصة وهى القدوة لأولادها فى مجتمعهم

(١) نيل الأوطار جـ ٦ ص ٣٠٨.

الصغير، فإذا رأى الأولاد هذه الطاعة من أمهم لأبيهم تعودوها منذ الصغر، وكانت بمثابة التمرين العملى فإذا كبروا طبقوها دون مشقة حيث أصبحت طبعًا فيهم.

وطاعة الزوجة لزوجها إنما تكون واجبة عليها إذا كان قد أوفاها معجل صداقها وكان أمينًا على نفسها ومالها وأعد لها مسكنًا شرعيًا تتوافر فيه أسباب الراحة والاستقرار والكرامة، وحينئذ يجب عليها القرار فى مسكن الزوجية لتؤدى رسالة الزوجة فى المنزل ولا تخرج من المسكن بغير إذنه إلا لمسوغ شرعى: كأداء فريضة الحج التى وجبت عليها، وكزيارة أبويها وأقاربها المحارم وزيارة الأبوين مرة كل أسبوع، وزيارة المحارم مرة كل سنة، وقيل مرة كل شهر والأفضل ترك تقدير مرات الزيارة وفتراتها للعرف مراعاة حال الزوجة وحال أقاربها وحال زوجها.

وإذا كان أحد أبويها مريضًا وليس له من يقوم بشأنه غيرها كان لها الحق أن تقوم على رعايته وخدمته، وإن لم يأذن لها زوجها، ولا يعتبر ذلك خروجًا عن طاعته، لأن حق الأبوين مقدم على حق الزوج عند التعارض.

وإذا خرجت المرأة يجب أن يكون خروجها على أساس من الدين والفضيلة والخلق القويم، فعليها أن تستر عورتها وتلتزم حدود العفة فلا تخرج متبرجة شبه عارية ومتعطرة. فقد روى أن النبى ﷺ قال: «صنفان من أهل النار لم أرهما بعد: نساء كاسيات عاريات مائلات مميلات على رءوسهن أمثال أسنمة البخت المائلة لا يدخلن الجنة ولا يجدن ريحها وأن ريحها ليوجد من مسيرة كذا وكذا، ورجال معهم سياط كأذناب البقر يضربون بها الناس»[1]. وقال ﷺ: «أيما امرأة تعطرت فخرجت فمرت على قوم ليجدوا ريحها فهى زانية وكل عين زانية».

ومما يتصل بحق الطاعة والقرار فى البيت صون المرأة نفسها عما يدنس شرفها وشرف زوجها، والمحافظة على كرامتها ورعاية أولادها وحسن تربيتهم والمحافظة على مال زوجها وعدم الإذن لأحد فى دخول بيته من غير رضاه.

وطاعة الزوجة لزوجها وملازمتها لبيتها يفرغها لواجباتها الزوجية ويخلصها من آفات

(١) الموطأ جـ ٧ ص ١٢٢.

كثيرة وبلايا عديدة[1] وصدق رسول الله إذ يقول: «إن المرأة عورة فإذا خرجت استشرفها الشيطان، وأقرب ما تكون من رحمة ربها وهى فى قعر بيتها».

هل يجب على الزوجة القيام بعمل البيت؟

ذهب بعض الفقهاء إلى أنه ليس على الزوج أن يطالب زوجته قضاء بخدمة البيت، والقيام بالشئون المنزلية، لأن عقد الزواج الذى تم بينهما لا يقصد به إلا حل المعاشرة الزوجية بينهما طلبًا لتحصين النفس وتحصيل الولد، ولا يقصد به الخدمة وأداء الواجبات المنزلية فإنها داخلة فى نطاق ما يجب على الزوج إعداده للحياة الزوجية وما ورد من الآثار فى خدمة الزوجة لزوجها هو من باب التطوع ومكارم الأخلاق وهذا هو ما ذهب إليه الحنفية والشافعية والمالكية والظاهرية[2].

وذهب آخرون إلى أن خدمة الزوج والقيام بشئون المنزل واجبة على الزوجة فى حدود المعروف والمألوف بين الناس، فإذا كانت حالة الزوج المالية لا تقوى على استئجار خادم وجب على الزوجة خدمته وإذا كانت حالته المادية ومستواه الاجتماعى تسمح باستئجار من يخدمه فى الشئون المنزلية لا تلزم الزوجة بخدمته فى الشئون المنزلية وكان عليها الإشراف والرعاية فقط كما يجرى العرف بين الناس. هذا هو ما نؤيده لأنه يتفق مع ترابط الحياة الزوجية وتعاون كل من الزوجين مع الآخر.

خروج الزوجة عن طاعة الزوج وحكمه:

وإذا خرجت الزوجة عن طاعة الزوج وتركت له بيت الزوجية من غير مبرر شرعى، كان للزوج أن يطلب إلى القاضى أن يحكم له الطاعة متى ثبت أنها خرجت بغير حق، فإذا امتنعت عن الذهاب إلى بيت الزوجية فتكون ناشزًا وتسقط نفقتها.

ولا تنفذ الطاعة بالقوة الجبرية عن طريق الشرطة لأنه يترك فى نفس الزوجة أثرًا سيئًا وهو أمر لا يتنق مع الإنسانية ولا تستقيم بعده أمور الزوجية ويؤدى غالبًا إلى إساءة كل من الزوجين للآخر ويجعل الحياة بينهما جحيمًا لا يطاق.

---

(١) الأحكام الشرعية للدكتور زكى الدين شعبان ص ٣٤٣ وما بعدها.

(٢) ابن عابدين جـ ٩ ص ١٠٩، بداية المجتهد لابن رشد جـ ٢ ص ٥٤.

فضلاً عن أن تنفيذ الطاعة بقوة الشرطة ليس له سند من كتاب الله وسنة رسوله، ولا يتفق مع روح التشريع الإسلامى الذى جعل أساس الزواج المودة والرحمة. وعلى ذلك فيكفى أن تعامل الزوجة عند نشوزها بحرمانها من النفقة مدة امتناعها عن طاعة زوجها، كما يجوز اعتبار نشوزها إضراراً منها بالزوج يجيز له طلب التفريق مع إلزامها بالآثار المادية حسب أحكام التفريق كما هو ثابت فى مذهب مالك.

ولقد نص القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ فى المادة ١١ مكرر ثانيًا أنه «إذا امتنعت الزوجة عن طاعة الزوج دون حق توقف نفقة الزوجية من تاريخ الامتناع».

وتعتبر ممتنعة دون حق إذا لم تعد لمنزل الزوجية بعد دعوة الزوج إياها للعودة بإعلان على يد محضر لشخصها أو من ينوب عنها وعليه أن يبين فى هذا الإعلان المسكن.

وللزوجة الاعتراض على هذا أمام المحكمة الابتدائية خلال ثلاثين يومًا من تاريخ هذا الإعلان وعليها أن تبين فى صحيفة الاعتراض الأوجه الشرعية التى تستند إليها فى امتناعها عن طاعته وإلا حكم بعدم قبول اعتراضها.

المبحث الثانى

ولاية التأديب

أوجب الإسلام على المرأة طاعة زوجها فى غير ما نهى الله عنه ولا يبيح لها النشوز والعصيان، بل أباح للزوج أن يتخذ حيالها من وسائل الإصلاح والتأديب ما يكفل رجوعها إلى طاعته يقول الله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَا أَنفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا﴾[١].

ففى هذه الآية الكريمة جعل الله الرجل قوامًا على المرأة بمعنى أنه يقوم على أمرها بالأمر والنهى والتوجيه والتأديب، وأرشدت الآية إلى أن النساء منهن صالحات مطيعات لله

(١) سورة النساء: الآية ٣٤.

فيما أمر به من القيام بحقوق الزوجية، والخضوع لرياسة الرجل البيتية والاحتفاظ بالأسرار الزوجية والمنزلية، وهؤلاء لا سبيل للأزواج عليهن بل يحسنون عشرتهن ويعاملونهن بالمعروف ويقومون بأداء كافة حقوقهن. أما من يخاف نشوزهن، ومحاولة خروجهن على الحقوق الزوجية فهن فى حاجة إلى إصلاح وتهذيب وعلاج، وعلاجهن كما بينه الله سبحانه وتعالى من الوعظ فالهجر فى المضاجع، ثم الضرب، والسر فى تعدد مسائل التأديب وترتيبها هذا الترتيب أن من النساء من تردها الكلمة عن غيها، ومنهن من لا يؤثر فيها الكلام ولا يردها إلا الهجر والحرمان ومنهن من لا يفيد معها الكلام ولا الهجر لشراسة فى خلقها وعناد فى طبعها فلا يردها إلا الضرب.

أولاً - الوعظ:

عندما يلاحظ الرجل أمارات النشوز ودلائله فى تصرفات زوجته، كخشونة فى تصرفاتها، بعد أن كانت هينة لينة، أو تعبيس فى وجهها بعد بشاشة وانطلاقة، عند ذلك يعظها الموعظة الحسنة بأسلوب هين لين، فإن لم ينفع معها ذلك الأسلوب فإنه يشتد عليها فى القول، فإن لم ينفع كان له تعنيفها باللفظ الذى لا كذب فيه ولا افتراء ولا عصيان لأمر الله، فإذا ما استمرت فى طريق المخالفة والعناد فإنه يلجأ إلى الوسيلة التالية وهى الهجر فى المضجع.

ثانيًا - الهجر فى المضجع:

المراد بالهجر فى المضجع الابتعاد عنها، بأن يوليها ظهره إن كانا على سرير واحد، أو يبيت فى نفس الحجرة على سرير آخر، أو فى نفس البيت ولكن فى حجرة أخرى.

أما الهجر خارج البيت فهو غير مشروع لقوله تعالى: ﴿وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ﴾ فتعين أن يكون الهجر فى البيت كما صرح بذلك الرسول الكريم حينما قال: «ولا تهجر إلا فى البيت».

وينبغى أن يكون الهجر بلا جفوة ولا غلظة كما يتعين أن لا تزيد مدته عن أربعة أشهر

وهى مدة الإيلاء[١]. فإذا ما استمرت فى شراستها ومشاكستها فإنه يلجأ إلى الوسيلة التالية وهى الضرب.

ويجوز هجرها فى الكلام على ألا يزيد على ثلاثة أيام لحديث أبى هريرة رضى الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاثة أيام» فإن زاد عليها أثم.

ثالثًا - الضرب:

والضرب المباح هو الضرب اليسير على حسب المقصود منه ويجب ألا يكون مبرحًا شديد الإيلام وألا يوالى الضرب فى محل واحد وأن يتقى الوجه والأماكن القتالة ومواضع الحسن فيها حتى لا يتشوه جمالها، ولا يضرب بسوط ولا عصا، وأن يراعى التخفيف فى هذا التأديب على أبلغ الوجوه.

ومع أن الضرب مباح فقد اتفق العلماء على أن تركه أفضل.

وليس عيبًا فى الإسلام أن يبيح للزوج ضرب زوجته لتأديبها لأن هناك من النساء من لا يرجع إليها صوابها إلا بالضرب وهو المرحلة الأخيرة التى تقتضيها الضرورة، والضرورة تقدر بقدرها.

وإذا أساء الزوج استعماله حق التأديب فلزوجته أن ترفع أمرها إلى القاضى ليعزره بما يراه رادعًا له، ومع ذلك فقد رأى المالكية أن لها الحق فى أن تطلب التطليق للضرر، وهذا ما نؤيده.

وقد يقول قائل: لماذا لا نطبق علاج نشوز الزوجة على نشوز الزوج؟.

ونقول: أن ولاية التأديب التى اختص بها الرجل روعى فيها الواقع العملى والفطرة البشرية لكل من الرجل والمرأة ولم يقصد بها إذلال المرأة ولا إهانتها. ومع ذلك فالإسلام لم يلزمها بقبول نشوز الزوج ولكنه أباح لها طلب التطليق من القاضى للضرر الذى يلحقها من الزوج.

---

(١) الإيلاء شرعًا: هو الحلف من الزوج على أن يعتزل زوجته، وقد حدد الله أقصى مدة لذلك بأربعة أشهر فاما أن يعود، وأما أن يطلق.

رابعًا - مرحلة التحكيم:

وإذا استعمل الزوج وسائل التأديب السابقة بما فيها من وسيلة الضرب ولم يفد ذلك فى إصلاح الزوجة فعلى الزوج أن يرفع الأمر إلى القضاء ليفصل بينهما، ويختار القاضى حكمًا من أهل الزوج، وحكمًا من أهل الزوجة، يقومان ببحث الأمر وتذليل الصعاب يقول الله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾[1].

معنى قوامة الرجال على النساء:

معنى القوامة هنا رياسة الرجل الأسرة فى البيت، كفاء مسئولياته المختلفة تجاه الأسرة وكفاء تكوينه الطبيعى، يقول الله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَا أَنفَقُوا﴾[2].

وقد جعل الإسلام رياسة الرجل فى البيت شورية لا استبدادية تقوم على المحبة والمودة وتبادل الرأى، ويتعاون فيها الزوج مع الزوجة، ويرفق بها ويكون العمل على ما يتم عن طريق المشورة الصادقة والقوامة الواجبة العادلة.

* * *

(١) سورة النساء: الآية ٣٥.

(٢) النساء: ٣٤.

الفصل الثالث

الحقوق المشتركة بين الزوجين

الحقوق المشتركة هى تلك الحقوق الثابتة للزوجين معًا، وعليهما معًا وهى حل المعاشرة الزوجية وحسن العشرة وحق التوارث وحرمة المصاهرة وثبوت النسب.

أولاً - حل المعاشرة الزوجية:

من الحقوق الثابتة لكل من الزوجين حل معاشرة كل منهما للآخر وقضاء الحاجة الجنسية التى أودعها الله طبيعة بنى البشر وهذا الحل إنما يكون فى حدود ما أمر الله ولا يمتنع أحدهما عن الآخر إلا لعذر شرعى كحيض أو نفاس أو مرض أو نحو ذلك.

وعلى الزوجة أن تجيب زوجها وتلبى رغبته وإلا كانت آثمة، يقول ﷺ: «إذا دعا الرجل امرأته إلى فراشه فأبت أن تجىء فبات غضبان عليها لعنتها الملائكة حتى تصبح»[١] كذلك يجب على الزوج أن يعف زوجته ويحصنها فيبيت معها ويجب ألا تشغله عبادته أو عمله عن حقها فى المعاشرة الجنسية. فقد روى أن زوجة عبد الله بن عمرو بن العاص شكت إلى النبى ﷺ عدم قربان زوجها لاشتغاله بالعبادة، فأرسل إليه النبى، فلما جادله قال له «ألم أخبر أنك تصوم النهار وتقوم الليل؟ فقال: «بلى يا رسول الله» قال: فلا تفعل، صم وأفطر وقم ونم، فإن لجسدك، عليك حقًا، وإن لعينك عليك حقًا، وإن لزوجك عليك حقًا».

ثانيًا - حسن العشرة:

يجب على كل من الزوجين أن يحسن عشرة صاحبه بأن يسعى كل منهما إلى ما يرضى الآخر من حسن المخاطبة واحترام الرأى والتسامح والتعاون على الخير ودفع الأذى والبعد عما يجلب الشقاق والنزاع حتى يسودهما الوئام ويظللهما السلام. يقول الله تعالى: ﴿وعاشروهن بالمعروف﴾ ويقول ﷺ: «استوصوا بالنساء خيرًا»، كما أن الزوجات حثهن

(١) صحيح البخارى جـ ٣ ص ١٦١ نيل الأوطار جـ ٦ ص ٣٦٠.

رسول الله على حسن العشرة حيث أمرهن بطاعته وليتذكرن قوله ﷺ: «لو كنت آمر أحدًا بالسجود لأحد لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها»[١].

وليست حسن العشرة إجابتها له إذا دعاها، أو قيامها بإعداد الغذاء واللباس، ولا بمعاشرتها حتى تعف وتحصن ولا بالنفقة عليها من طعام وكساء ومسكن وغيرها، وإنما حسن العشرة معنى ينبعث من قلب أحدهما إلى قلب الآخر فيملأ الحياة الزوجية استقرارًا وسعادة[٢].

ثالثًا - حرمة المصاهرة:

وإذا عقد الرجل على امرأة حرمت عليه أصولها بمجرد العقد عليها وتحرم فروعها عليه بالدخول الحقيقى بها وتحرم هى أيضًا على أصول الزوج وفروعه بمجرد العقد عليها.

رابعًا - التوارث بين الزوجين:

ويثبت التوارث بين الزوجين بمجرد العقد فإذا مات أحدهما بعد تمام العقد ورثه الآخر ما لم يوجد مانع من الإرث بشرط أن يكون الزواج صحيحًا وأن تكون الزوجية قائمة حقيقة أو حكمًا.

خامسًا - ثبوت النسب:

إذا رزق الله الزوجين بالذرية كان من حقهما أن تنسب الأولاد إليهما كما أن حق هؤلاء الأولاد أن ينتسبوا إلى والديهما وقد حرم الله على الأزواج أن ينكروا أبوتهم لأولادهم كما حرم على الزوجات أن ينسبن إلى الأزواج ما ليس منهم، كما يحرم على الأولاد أن ينتسبوا إلى غير آبائهم.

* * *

(١) منار السبيل فى شرح الدليل جـ ٢ ص ٢١٥.

(٢) الأحوال الشخصية للدكتور أحمد الغندور ص ٢٨٢.

القسم الثانى

فرق الزواج وآثارها

تحت هذا القسم مقدمة وأربعة أبواب:

المقدمة: فى التعريف بمعنى الفرقة وبيان أنواعها.

الباب الأول : فى الطلاق فى فقه الإسلام وتحته خمسة فصول.

الباب الثانى : فى الخلع والإيلاء واللعان والظهار وتحته أربعة فصول.

الباب الثالث : فى التفريق بالقضاء وتحته أربعة فصول.

الباب الرابع : فى العدة وأحكامها ومتاع الزوجة.

مقدمة

فى التعريف بمعنى الفرقة وبيان أنواعها

تعريف الفرقة: الفرقة شرعًا «انتهاء عقد الزواج بسبب من الأسباب التى توجب انتهاءه».

أنواع الفرقة: وهى نوعان:

١- فرقة تعتبر طلاقًا تحتسب من عدد الطلقات التى يملكها الزوج على زوجته بمقتضى عقد النكاح. وهى كل فرقة يملك الزوج إيقاعها، ولا تملك الزوجة إيقاع مثلها إلا بتسليط منه.

٢- فرقة تعتبر فسخًا ينفصل بمقتضاه الزوجان من غير أن يعد طلقة تحتسب من عدد الطلقات التى يملكها الزوج على زوجته إذا استأنف الزوجان حياة جديدة، وهى كل فرقة جاءت من قبل الزوجة لا بسبب من الزوج أو جاءت من الزوج، وتملك الزوجة مثلها من غير تسليط منه.

الفرق بين الطلاق والفسخ:

يتميز الطلاق عن الفسخ بما يأتى:

(أ) الطلاق لا ينقض العقد مطلقًا ولا يزيل الحِل إلا فى حالة البينونة الكبرى وإنما ينهى الزواج بلفظ خاص يترتب عليه زوال الملك كما فى الطلاق البائن أو نقصانه كما فى الطلاق الرجعى.

أما الفسخ فقد ينقض عقد الزواج فى بعض الحالات ويجعله كأن لم يكن كالفسخ بسبب خيار البلوغ أو الإفاقة، وقد لا ينقضه فى بعض الحالات كالفسخ بسبب ارتداد الزوجة عن الإسلام.

(ب) الفرقة بالطلاق لا يرجع إلى شىء يتنافى مع عقد الزواج ولا إلى شىء يقتضى عدم لزومه لأن الطلاق حق الزوج بمقتضى عقد الزواج فلا يشترط أن تكون هناك أسباب قارنت العقد فجعلته غير لازم أو طرأت بعده فأوجبت عدم استمراره.

أما الفرقة بالفسخ فيكون بسبب حالات طارئة على العقد تتنافى مع بقاء الزواج

واستمراره كردة الزوجة أو اتصال الزوج بأم زوجته أو ابنتها أو اتصال الزوجة بابن الزوج أو أبيه. وهذه الحالات لا تكون نقضًا للعقد من أساسه.

أو بسبب حالات كانت مقارنة للعقد مقتضية عدم لزومه من الأصل كما إذا زوج الصغير غير الأب والجد ثم بلغا وكما إذا زوجت الحرة البالغة العاقلة الرشيدة نفسها من غير كفء أو بدون مهر المثل. وهذه الحالات ناقضة للعقد من أساسه.

(جـ) الفرقة بالطلاق ينقص من عدد الطلقات التى يملكها الرجل سواء كان الطلاق رجعيًا أو بائنًا.

أما الفرقة بالفسخ فلا ينقص به عدد الطلقات التى يملكها الرجل على المرأة.

(د) الفسخ لا يقع فى عدته طلاق إلا ما يكون بسبب الردة أو الإباء عن الإسلام. أما الطلاق فيقع فى عدته الطلاق لأن الطلاق لا ينقض العقد ولا يزيل الحِل.

الفرق فى الحكم بين الفسخ الذى ينقض العقد من أصله والذى لا ينقضه:

الفرق فى الحكم بين الفسخ الذى ينقض العقد من أصله والذى لا ينقضه يظهر فيما يأتى:

١- أن الفسخ الذى يعد نقضًا للعقد لا يوجب شيئًا من المهر سواء أكان الفسخ من قبل الزوج أو من قبل الزوجة لأن الفسخ فى هذه الحالة نقض للعقد من أساسه والمهر حكم من أحكامه. اللهم إلا إذا اتصل بالمهر ما يؤكده.

أما الفسخ الذى لا يعد نقضًا للعقد من أصله فإن كان من قبل المرأة قبل أن يؤكد المهر سقط المهر كله وأن كان من قبل الرجل وجب نصف المهر.

٢- أن التى فسخ زواجها بما هو ناقض للعقد من أساسه لا يلحقها الطلاق فى أثناء العدة فإن استأنف الزوجان حياة جديدة لا يعد الطلاق الذى حدث فى عدتها من عدد الطلقات لأن الطلاق أثر للعقد وقد نقض فلا يثبت طلاق. أما التى فسخ زواجها بما لا يعد نقضًا للعقد من أصله يلحقها الطلاق فى أثناء العدة إذا كان استئناف الحياة الزوجية ممكنًا

فمن ارتدت مثلاً وفسخ زواجها بسبب الردة يلحقها الطلاق فى العدة واحتسب هذا الطلاق من عدد الطلقات.

والفسخ الذى لا يعد نقضًا للعقد ينقسم إلى قسمين:

١- فسخ يمنع الزواج على التأبيد وهو الفسخ الذى يكون بسبب حدوث تحريم بين الرجل والمرأة على التأبيد كأن يقع من الزوج ما يوجب حرمة المصاهرة كأن يتصل بأصل الزوجة أو بفرعها.

٢- فسخ يمنع الزواج على التأقيت وهو الفسخ الذى يكون بسبب حدوث تحريم مؤقت بين الزوجين كالردة واللعان عند بعض الفقهاء.

هذا والفسخ الذى يعد نقضًا للعقد من أصله يكون غالبًا محتاجًا إلى أمر القاضى لأنه يكون مبنيًا على أمور هى محل تقدير بين يدى القضاء.

أما الفسخ الذى لا يعد نقضًا كحدوث ما يوجب التحريم فإنه لا يحتاج إلى القضاء.

والفرقة سواء كانت فسخًا أو طلاقًا قد تحتاج إلى القضاء أو لا تحتاج إلى القضاء.

فالفرقة المعتبرة فسخًا وتحتاج إلى القضاء ما يأتى:

١- الفرقة بسبب خيار البلوغ للزوج أو الزوجة إذا كان المزوج غير الأب والجد وكذا الفرقة بسبب خيار الإفاقة بعد الجنون.

٢- الفرقة بسبب عدم الكفاءة فى الزواج أو نقصان المهر عن مهر المثل.

٣- الفرقة بسبب إباء الزوجة عن الإسلام عند إسلام زوجها وذلك بالاتفاق، وكذلك الفرقة بسبب إباء الزوج عن الإسلام بعد إسلام زوجته عند أبى يوسف.

والفرقة المعتبرة طلاقًا وتحتاج إلى القضاء ما يأتى:

١-الفرقة بسبب عيب من العيوب التى تكون بالزوج كالجب والعنة.

٢- الفرقة بسبب إباء الزوج عن الإسلام بعد إسلام زوجته على رأى الطرفين.

٣- الفرقة بسبب اللعان على رأى أبى حنيفة ومحمد فإن اللعان طلاق بائن عندهما.

٤- وزاد القانون الفرقة بسبب الإضرار بالزوجة وبسبب إعسار الزوج بالنفقة وبسبب غيبة الزوج أو حبسه.

أما الفرقة التى لا تتوقف على القضاء فأما أن تكون فرقة معتبرة فسخًا ومنها:

١- الفرقة بسبب ملك أحد الزوجين الآخر.

٢- الفرقة بسبب خيار العتق للزوجة.

٣- الفرقة بسبب ردة الزوج عن الإسلام وبقاء الزوجة مسلمة عند أبى حنيفة وأبى يوسف.

٤- الفرقة بسبب ظهور فساد العقد.

وأما أن تكون فرقة معتبرة طلاقًا ومنها:

١- الفرقة بلفظ الطلاق أو الإيلاء.

٢- الفرقة بسبب ردة الزوج عن الإسلام على رأى محمد.

* * *

الباب الأول
فى الطلاق فى فقه الإسلام

الفصل الأول
فى
بيان معنى الطلاق، حكمة تشريعه، من يملكه والسر فى ذلك

معنى الطلاق: الطلاق فى اللغة حَل القيد مطلقًا، سواء كان حسيًا أو معنويًا فكما يقال فى اللغة: طلقت المرأة، أى حللت قيد الزواج المعنوى، وهو الارتباط الحاصل بين الزوجين، يقال: طلقت الأسير من قيده، أى حللت قيده الحسى وخليت عنه، وكما يقال: أطلقت الأسير من قيده يقال: أطلقت المرأة، غير أن العرف قصر استعمال لفظ الطلاق على حل القد المعنوى، وخص حل القيد الحسى بلفظ الإطلاق، فيقال: طلق الرجل زوجته ولا يقال: أطلقها، ويقال أطلق فلان الأسير أى حَلَّ قيده وخلَّى عنه، ولا يقال: طلقه، ولهذا كان الطلاق من الألفاظ الصريحة التى يقع بها الطلاق من غير حاجة إلى النية بخلاف الإطلاق فإنه من الكنايات التى لا يقع بها الطلاق إلا بالنية(١).

وفى عرف الفقهاء حل رابطة الزوجية فى الحال أو المآل بلفظ مخصوص أو ما يقوم مقامه.

فحل رابطة الزوجية فى الحال يكون بالطلاق البائن، وحلها فى المآل يكون بالطلاق الرجعى فإذا طلق الرجل زوجته طلاقًا رجعيًا لا تنحل رابطة الزوجية بهذا الطلاق إلا بعد العدة، ولهذا يجوز للزوج أن يراجعها ما دامت فى العدة بدون عقد جديد رضيت الزوجة أو لم ترضَ.

---

(١) البدائع جـ٣ ص٩٨ البحر الرائق جـ ص٢٥٢ شرح الدر مع حاشية ابن عابدين جـ٢ ص٤٢٥.

والمراد باللفظ المخصوص ما دل على حل رابطة الزوجية صراحة كلفظ الطلاق أو التطليق وما أخذ منهما، أو بطريق الكناية كلفظ الإطلاق والبائن والحرام ونحوها من كل لفظ يحتمل الطلاق وغيره ويترجح فيه معنى الطلاق بالنية أو بدلالة الحال، ويقوم مقام اللفظ الكتابة والإشارة المفهمة، ويلحق بلفظ الطلاق لفظ الخلع وقول القاضى «فرقت» فى الحالات التى يفرق فيها القاضى بين الزوجين، كما فى اللعان وإباء الزوج الإسلام إذا أسلمت زوجته، فإن كل هذا معدود من الطلاق.

وبكلمة اللفظ المخصوص يخرج الفسخ، لأن الفسخ وإن كان يحل رابطة الزوجية فى الحال إلا أنه لا يكون بذلك اللفظ المخصوص[1].

ركن الطلاق: هو اللفظ الذى يقع به الطلاق سواء أكان لفظًا صريحًا كقوله: أنت طالق ونحوه، أو كناية كقوله: اذهبى إلى أهلك، ونوى به الطلاق.

شرط الطلاق: يشترط فى الزوج الذى يطلق زوجته أن يكون بالغًا عاقلاً، ويشترط فى المرأة التى يقع عليها الطلاق، أن تكون زوجة لمن يوقع عليها الطلاق أو فى حكم الزوجة كالمرأة المطلقة التى لازالت فى عدة طلاقها من زوجها.

صفة الطلاق أو (الحكم التكليفى):

الطلاق تعتريه جميع الأحكام التكليفية فيكون حرامًا: كالطلاق فى أثناء الحيض أو فى أثناء الطهر الذى عاشر فيه زوجته جنسيًا، وهذا الطلاق يسمى بالطلاق البدعى المخالف للسنة.

ويكون واجبًا: كطلاق الحكمين إذا لم يمكن الصلح بين الزوجين. ويكون مكروهًا: كالطلاق بلا حاجة إليه. ويكون مباحًا كالطلاق الذى تدعو إليه الحاجة. ويكون مندوبًا كطلاق العاجز عن القيام بحقوق الزوجية.

حكم الطلاق: إذا طلق الزوج زوجته وكانت الشروط المطلوبة متوافرة وقع الطلاق أيا كانت صفته الشرعية، ووجب على الزوج أن يفارق زوجته فى الحال إذا كان الطلاق بائنًا، أو فى المآل بعد انقضاء العدة إذا كان الطلاق رجعيًا.

---

(١) البحر الرائق جـ ٣ ص ٢٥٢.

حكمة مشروعية الطلاق:

الزواج لم يشرع إلا لتكوين الأسر تكوينًا يكفل لها السعادة والهناءة ولا تتكون الأسر هذا التكوين إلا إذا عمل كل من الزوجين على أن يكون عونًا للآخر يقف مع صاحبه فى لأواء الحياة ويسكن إليه ويقاسمه الحب ويبادله الود.

ولا تكفى المعونة المؤقتة ولا السكن الوقتى ولا الحب الذى لا يدوم ولا الود الذى لا يبقى. بل لا بد أن يستمر كل ذلك وإلا انهارت الأسرة وتلاشت أدراج الرياح. فالأصل فى الزواج الاستمرار ولا بقاء له ولا استمرار إلا إذا استمر العون والسكن والحب والود فإذا أصيبت الحياة الزوجية بما يهدد هذه الأركان بحيث أصبحت جحيمًا بعد أن كانت نعيمًا وخلافًا بعد أن كانت وفاقًا، وكراهية بعد أن كانت حبًا وودادًا، وشقاء بعد أن كانت راحةً وسلامًا، وشرًا بعد أن كانت خيرًا، ونقمةً بعد أن كانت نعمةً. حينئذ كان لا بد من الخلاص من هذه الحياة وإلا فات الغرض المقصود من الزواج ولا خلاص إلا بالطلاق فهو المفرج لكربة هذه الحياة المنقذ لهذه الحياة التعيسة وهو الذى لولاه لكاد كل من الزوجين للآخر وأهمل كل منهما صاحبه وحينئذ تصبح الحياة منفذًا للشرور والآثام ومرتعًا للفاحشة بعد أن كانت سياجًا للشرف والفضيلة، فالله سبحانه وتعالى شرع الطلاق حين تدعو الحاجة إليه ليحفظ الزوجين اللذين ساءت حياتهما الزوجية من كثير من المفاسد والشرور وليستبدل كل منهما بزوجه زوجًا آخر قد يسكن إليه ويبادله العون والحب والود قال تعالى: ﴿وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلاًّ مِّن سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا﴾(١).

ولا يفوتنى أن أنبه الأذهان إلى أن الأوربيين الآن قد فطنوا إلى ضرورة العمل بمبدأ الطلاق فأباحوه على أن يكون بيد القاضى والبعض منهم توسع فيه فأباحه لأتفه الأسباب، ولعل فى المستقبل القريب ما يجعلهم ينادون بما نادت به الشريعة الغراء فأحكامها هى الصالحة لكل زمان ومكان.

نعم إن فى الطلاق ضررًا يصيب الأطفال ويعرض أسر الزوجين للعداوة والبغضاء ولكن هذا الضرر أخف بكثير من الضرر الناجم من بقاء الحياة الزوجية مضطربة شاذة وارتكاب أخف الضررين أمر يسلم به العقل وينادى به الشرع.

---

(١) النساء: ١٣٠.

ومن أجل هذا نرى بنتام فى كتاب أصول الشرائع ينادى بضرورة الطلاق حيث يقول إن الزواج الأبدى هو الأليق بالإنسان والملائم لحاجته والأوفق لأحوال الأسرة والأولى بالأخذ لحفظ النوع الإنسانى ولكن إن اشترطت المرأة على الرجل ألا تنفصل عنه ولو حلت فى قلوبهما الكراهة محل الحب لكان ذلك أمراً منكراً لا يصدقه أحد من الناس، على أن هذا الشرط موجود دون أن تطلبه المرأة إذ القانون يحكم به فيتدخل بين العاقدين حال التعاقد ويقول لهما أنتما تقترنان لتكونا سعداء فلتعلما أنكما تدخلان سجنًا سيحكم غلق بابه ولن أسمح بخروجكما وإن تقاتلتما بسلاح العداوة والبغضاء إلى أن قال:

«ولو كان الموت وحده هو المخلص من الزواج لتنوعت صنوف القتل واتسعت مذاهبه».

ولد نفر الإسلام من الطلاق وضيق من حدوده بحيث لا يصار إليه إلا عند تفاقم الأمر واشتداد الداء وحين لا يجدى علاج سواه يقول ﷺ «أبغض الحلال إلى الله عز وجل الطلاق».

فالطلاق تشريع استثنائى لا يباح إلا عند الضرورة القصوى. ويمكننا أن نشبه قانون الطلاق فى الإسلام بمشرط الجراحة إن استخدم فى المكان الملائم به أتى بأطيب الثمرات وإن أسيء استعماله أتى بأسوأ النتائج، وليس العيب فى المشرط وإنما العيب فى طريقة استعماله واستخدامه، فإذا كان بعض الناس يقدمون على حل رابطة الزوجية لأمور لا تدعو إلى ذلك كغضبة حمقاء أو شهوة طائشة أو طمع فى مال أو منصب يلتمس من وراء زواج جديد فالعيب فيهم وليس فى الإسلام، وهم بعيدون عن روح الإسلام وخارجون على تعاليمه ومبادئه، ولذلك نرى أن توضع عقوبات تمنع الناس من الخروج على تعاليم الإسلام ومبادئه القويمة[١].

الدليل على مشروعية الطلاق:

والأصل فى مشروعية الطلاق الكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

(١) الأحكام الشرعية للدكتور زكي الدين شعبان ص ٢٦٧ وما بعدها، الأحوال الشخصية للإمام أبي زهرة ص ٣٢٧ وما بعدها.

أما الكتاب فقد قال تعالى ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾(١)، وقوله تعالى ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾(٢).

٢- السنة: قال ﷺ «إنما الطلاق لمن أخذ بالساق» وقوله أبغض الحلال إلى الله عز وجل الطلاق».

٣- الإجماع: انعقد الإجماع من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا على جواز الطلاق وإباحته.

٤- المعقول: العشرة إذا فسدت بين الزوجين واستحال بقاء الحياة الزوجية يكون إمساك الزوجة فى هذه الحالة تضييعًا للمصالح التى شرع الزواج من أجلها.

مالك الطلاق:

مما لا شك فيه أنه إذا استحكمت النفرة بين الزوجين واتفق الزوجان على الفراق وجب أن يقرا على ما اتفقا عليه فكل عقد يتفق الطرفان على إنهائه يجب أن ينتهى.

فإذا لم يتفق الزوجان على إنهاء الزواج فهل المالك لهذا الانتهاء الزوج أو الزوجة؟ المالك لهذا الإنهاء هو الزوج ولم تجعل المرأة مالكة له لأنها سريعة التأثر فقد تثور لأتفه الأسباب وتنفعل لأوهى الأمور ولا تبالى بما تجره ثورتها وما يترتب على انفعالاتها، فالطلاق تترتب عليه بعض الأضرار فالأمر يدعو فيه إلى التريث والتفكر وهذا لا يتفق مع الكثير الغالب من النساء لذلك كان من الحكمة ومن المصلحة العامة جعله فى يد الرجل لأنه هو الذى يتروى فيه نظرًا لما يلزمه من تبعات مالية كمؤخر الصداق ونفقة العدة، فالطلاق حق الزوج كما ينطق بذلك القرآن الكريم وكما تحدثنا بذلك السنة النبوية.

أما القرآن الكريم فقد قال تعالى ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾(٣).

وقال تعالى ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ﴾(٤). وقال تعالى ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾(٥).

---

(١) سورة الطلاق: آية: ١.
(٢) سورة البقرة: آية: ٢٢٩.
(٣) سورة البقرة: آية: ٢٣١.
(٤) سورة البقرة آية: ٢٣٢.
(٥) الآية الأولى من سورة الطلاق.

وقال تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا﴾(١).

وأما السنة فقد قال ﷺ «إنما الطلاق لمن أخذ بالساق».

وقال ﷺ «تزوجوا ولا تطلقوا فإن الله لا يحب الذواقين ولا الذواقات». فهذه النصوص وغيرها مما ورد مماثلاً لها تدل على أن الطلاق حق الزوج حيث أسندت الطلاق للأزواج والأصل فى الإسناد أن يكون للفاعل الحقيقى.

على أن الشريعة الإسلامية لم تهمل جانب المرأة وحقها فى موضوع الطلاق فمنحها الحق فى طلب التفريق وأوجبت على القاضى أن يجيبها إلى طلبها ويفرق بينها وبين زوجها إذا كان هناك من الأسباب ما تقره العدالة وتؤيده الشريعة كما إذا تضررت من الزوج وثبت أنه يؤذيها بما لا يليق بأمثالها أو لعيب أو لإعسار أو لغيبة أو لحبس وتوقف التفريق من جانب الزوجة على القضاء بخلاف الزوج وذلك لما بيناه من أنها سريعة التأثر والانفعال تحكمها العاطفة وتسيطر عليها بخلاف الرجل فإنه يفكر ويقدر قبل الإقدام على الطلاق وخاصة لما له من تبعات مالية وغير مالية ملزمة له.

كذلك لها الحق فى أن تفتدى نفسها بمال تدفعه لزوجها نظير طلاقها وقد يفوضها فى طلاق نفسها وهو ما يطلق عليه فى وقتنا الحاضر «العصمة بيد الزوجة» وعلى ذلك فلا يجوز لغير الزوج أن يطلق ولو كان وليه على القول المشهور.

ولا يجوز تقييد وقوع إطلاق بصدوره فى مجلس القاضى أو بإذنه لما يأتى:

أولاً: التقييد مصادم النصوص الشرعية التى ذكرها القرآن الكريم وذكرتها السنة النبوية الشريفة من ناحيتين:

(أ) النصوص الشرعية وردت مطلقة عن هذا التقييد فيجب أن تظل على إطلاقها لأن المطلق كما يقرر علماء الأصول يبقى على إطلاقه إذا لم يوجد مقيد ولم يوجد هنا.

(١) سورة الأحزاب آية: ٤٩.

(ب) النصوص الشرعية صريحة فى أن الزوج هو الذى يملك الطلاق فهو الأصيل فيه وغيره يكون تبعًا فإذا آمنا بفكرة هذا التقييد وعلمنا به جعلنا الأصيل تبعًا والتابع أصيلاً وهذا قلب للأوضاع الشرعية لا يجوز.

ثانيًا: الزوج قد يريد طلاق امرأته بسبب أمر لا يخضع لرقابة القضاء كالبغض ونحوه مما لا سبيل إلى اطلاع الناس عليه فإذا حتمنا عليه الرجوع إلى القاضى فى هذه الحالة لا يمكن للقاضى أن يأذن له بالطلاق لأنه لا سبيل إلى إثبات هذا الأمر النفسى الخفى والكشف عنه والقضاء يعتمد على الحجة والبرهان.

وإذا لم يأذن له القاضى بالطلاق عاش الزوجان وأولادهما فى كنف زوجية مضطربة يسودها البغض وينتشر فى جوها القاتم الحقد فلا يمكن لها والحالة هذه أن تحقق الغرض المنشود منها ولا يتسنى لها أن تؤتى ثمرتها التى يتطلع المجمع إليها.

ثالثًا: أن الزوج قد يطلق لأمر يجب ستره كسوء سلوك المرأة فهل من المصلحة أن ينتشر ذلك بين الناس وأن يسجل فى سجلات المحاكم وأن يعرف فى محيط وكلاء الدعاوى.

رابعًا: أن التقييد يترتب عليه الحكم على جميع الرجال متعلمين وجاهلين بأنهم سفهاء لا يحسنون التصرف فى أخص خصوصياتهم وإذا حجر عليهم فى الطلاق الذى لابد أن يضعوه فى موضعه نظرًا لما ينجم عنه من تحمل بعض المسئوليات المالية وغيرها كان الحجر عليهم أولى فى التصرفات التى لا يستتبعها المسؤليات المادية والتى لا يتريثون فى وضعها المناسب لها، وفى ذلك إهدار لآدمية الإنسان وامتهان لكرامته والله تعالى يقول: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُم مِّنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَىٰ كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلاً﴾[1].

خامسًا: أن التقييد يترتب عليه وجود الكثير من الأولاد غير الشرعيين فقد يطلق الرجل المرأة الطلقات التى يملكها والتى تجعل المرأة أجنبية منه محرمة عليه فى غير مجلس القضاء ومع ذلك فلا يعتد بهذه الطلقات وتعيش الزوجة وهى محرمة مع زوجها وينجبان أولادًا لا يعترف بهم الشارع الحكيم لأنهم مخلوقون من ماء الزنا والسفاح.

وعلى ذلك فلا يجوز أن يقيد وقوع الطلاق بصدوره فى مجلس القاضى وبإذنه.

---

(١) الآية ٧٠ من سورة الإسراء.

لماذا لا يكون الطلاق حقًا مشتركًا كالزواج:

إن الطلاق قد شرع حلاً لمشكلة قد استعصى علاجها فهو دواء مر لداء عضال، ولا يعقل أن يكون ذلك متوقفًا على إرادة الطرفين حيث لن يتم حل أبدًا، لأن أحدهما يريد الفراق والآخر لا يريده فيعمل على الكيد والتعنت فتصبح الحياة جحيمًا لا يطاق، على أن موقف الرجل سيكون فى غاية السوء إذا عاندته المرأة وأضاعت أمواله، ولم تحافظ على بنيه وشرفه خصوصًا أنه المنفق وأنها تنسب إليه، وأن من تنجبهم من أولادهم منتسبون إليه.

وعلى ذلك فستترتب نتائج خطيرة لا يمكن قبولها عقلاً ولا شرعًا. ولذلك كانت الحكمة البالغة أن جعل الطلاق بيد الرجل لا بيد المرأة ولا بحكم القاضى ولا باتفاق الطرفين[1].

* * *

(١) حقوق الأسرة للدكتور يوسف قاسم ص ٢٨١.

الفصل الثانى
من يقع منه الطلاق؟ ومن يقع عليها

المبحث الأول
من يقع منه الطلاق؟

يثبت حق الطلاق للزوج بمجرد عقد الزواج الصحيح ولابد لصحة إيقاع الطلاق شرعًا أن يكون صادرًا من البالغ العاقل، وأن يكون مختارًا فى صدوره عنه، وأن يكون واعيًا لما يصدر عنه.

وللفقهاء وجهة نظر مختلفة فيمن يقع منه الطلاق ولذلك سنبحث الحالات الآتية:

طلاق الصبى:

يشترط فى المطلق أن يكون بالغًا فإذا كان صبيًا ولو مميزًا وطلق لا يقع طلاقه لأن فوات الشرط يترتب عليه فوات المشروط لأن النبى ﷺ قال «كل الطلاق جائز إلا طلاق الصبى والمجنون» ولأن النبى ﷺ قال: «رفع القلم عن ثلاث عن الصبى حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق وعن النائم حتى يستيقظ». وفوق هذا فالطلاق لا يخلو من ضرر يلحق المطلق فلا يملكه الصبى ولو كان مميزًا وذلك خلافًا للحنابلة الذين يوقعون طلاق الصبى رغم ما فيه من ضرر إذا كان الصبى يعقل الطلاق ولو لم يأذن له وليه فيه، وذلك فى الرواية المشهورة عندهم، كما روى عن مالك فى الرواية غير المشهورة أنه يقع الطلاق من الصبى إذا ناهز الاحتلام[1]. والرأى الأول هو المختار وهو المعمول به.

طلاق المجنون:

يشترط فى المطلق أن يكون عاقلاً فلو طلق المجنون لا يقع طلاقه للحديثين السابقين ولأن مناط التكليف وهو العقل غير موجود فى المجنون.

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد جـ ٢ ص ٨٢.

طلاق المعتوه وما يلحق به:

المعتوه وهو الذى يكون مختلط الكلام فاسد التدبير لا يقع طلاقه لأنه يفقد الإدراك الذى هو مناط صحة التصرف لقوله ﷺ «كل الطلاق جائز إلا طلاق المعتوه والمغلوب على أمره».

والمغمى عليه مثل المجنون لا يقع طلاقه والنائم كذلك. ولا أدل على عدم وقوع طلاق النائم من قوله ﷺ «رفع القلم عن ثلاث عن الصبى حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق وعن النائم حتى يستيقظ».

طلاق المدهوش:

وهو الذى اعترته بسبب الخوف أو الحزن أو الغضب حالة انفعال لا يدرى فيها ما يصدر عنه سواء كان قولاً أو فعلاً أو وصل فى الانفعال إلى درجة يغلب فيها الخلل والاضطراب فى الأقوال والأفعال.

وهذا المدهوش لا يقع طلاقه ومثله من اختل عقله لكبر أو لمرض أو لمصيبة فاجأته فما دام فى حال غلبة الخلل فى الأقوال والأفعال لا تعتبر أقواله وإن كان يعلمها ويريدها لأن هذه المعرفة والإرادة غير معتبرة لعدم حصولها عن إدراك صحيح[١] لقوله ﷺ «لا طلاق ولا عتاق فى إغلاق»[٢]. وقد فسر الإغلاق بالإكراه وبالجنون وبالغضب، والمراد بالإغلاق هو خروج الإنسان عن وعيه بحيث لا يدرى ماذا يقول وماذا يفعل.

طلاق الغضبان:

نقل ابن عابدين عن الحافظ ابن القيم الحنبلى أنه قسم الغضبان إلى ثلاثة أقسام:

١- أن يحصل له مبادئ الغضب بحيث لا يتغير عقله ويعلم ما يقوله ويقصده.

٢- أن يبلغ النهاية فلا يعلم ما يقول وما يريد.

٣- من توسط بين المرتبتين بحيث لم يصر كالمجنون.

---

(١) حاشية ابن عابدين جـ ٢ ص ٤٣٨.

(٢) نيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٣٥.

وكما نقل عنه هذا التقسيم نقل عنه أيضًا أن القسم الأول لا إشكال فيه وأن القسم الثانى لا ريب أنه لا ينفذ شىء من أقواله أما الثالث فهو محل نظر والأدلة تدل على عدم نفوذ أقواله ثم قال والذى يظهر لى أن كلا من المدهوش والغضبان لا يلزم أن يكون بحيث لا يعلم ما يقول بل يكتفى به بغلبة الهذيان واختلاط الجد بالهزل.

وعندى أن هذا هو الراجح. فالغضبان الذى يغلب هذيانه ويختلط جده بهزله لا يقع طلاقه وبالطريق الأولى لا يقع طلاق الغضبان الذى لا يدرى ما يقول وما يفعل أما إذا كان الغضب لا يصل به إلى هاتين الدرجتين فيقع الطلاق.

والأصل فى ذلك قوله ﷺ: «لا طلاق فى إغلاق» يعنى لا يقع الشخص الذى يقفل عليه باب الإدراك والقصد ويسد عليه طريق الوعى فالمطلق الذى لا يدرى ما يقول وما يفعل أو الذى يغلب عليه الخلل والاضطراب فى أفعاله لا اعتبار لطلاقه[1].

طلاق السكران:

السكر حالة تعرض للإنسان من امتلاء دماغه بالأبخرة المتصاعدة إليه فيتعطل معه عقله المميز بين الأمور الحسنة والقبيحة.

فالسكران بالخمر وما شابهها إما أن يكون سكره عن طريق مباح كأن شرب الخمر للتداوى أو شربها تحت ضغط الإكراه فالجمهور وبعض الحنفية على أنه إن طلق امرأته فى هذه الحالة لا يقع طلاقه لأنه أشبه ما يكون فى هذه الحالة بالنائم حيث لا إدراك له ولا وعى والنائم لا يقع طلاقه فكذلك السكران عن طريق مباح بل إن عدم وقوع طلاق هذا السكران أولى من عدم وقوع طلاق النائم، لأن النائم ينتبه بالتنبيه، أما السكران فلا ينتبه إلا بعد إفاقته. أما إذا كان السكر عن طريق ارتكاب محرم كشرب الخمر للتلذذ والانبساط أو تناول المخدرات من غير ضرورة تقتضيها فهناك رأيان: رأى يقول بالوقوع ورأى ثان يقول بعدم الوقوع.

استدل أصحاب الرأى الأول بقوله ﷺ «كل الطلاق جائز إلا طلاق المعتوه والمغلوب على عقله» فهذا الحديث يدل على الحكم بوقوع كل طلاق وهذا بعمومه يتناول طلاق

---

(١) الأحوال الشخصية للدكتور زكريا البرديسى ص ٢٢٦ نقلاً عن حاشية ابن عابدين جـ ٢ ص ٤٣٨.

السكران ولم يستثن غير المعتوه والمغلوب على عقله فكان طلاق السكران واقعًا. كما أن السكران قد تسبب فى إذهاب عقله بما هو معصية فيعتبر قائم العقل تقديراً زجرًا له وعقوبة فتنفذ تصرفاته كالصاحى.

واستدل أصحاب الرأى الثانى بما روى عن عثمان رضى الله عنه «ليس لمجنون ولا لسكران طلاق»، لأن صحة التصرفات تقوم على القصد والإرادة الصحيحة والسكران قد غلب السكر على عقله فأفقده القصد والإرادة فلا يعتد بالعبارة التى تصدر منه فتكون ملغاة لا قيمة لها. كما أن الطلاق إنما شرع للحاجة التى تدعو إليه والسكران ليس عنده من الوعى ما يستطيع به أن يقدر الحاجة التى تدعو إلى الطلاق.

وهذا القول الثانى هو المعمول به الآن بمقتضى نص المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ لا يقع طلاق السكران مطلقًا سواء كان سكره بمحرم أو بغيره. وهذا ما نرجحه لأن الحديث الذى استدل به أصحاب الرأى الأول فيه مقال كما أنه روى موقوفًا على على رضى الله عنه ورأى الصحابى غير حجة ولاسيما إذا خالفه فيه غيره، ولأن السكران وإن كان آثمًا لا يدرى ما يفعل ولا يقصد ما يقول، وإلزامه بوقوع الطلاق فيه مخالفة لروح الإسلام وسماحته ويسره، وهو وإن كان قد تعدًّ بسكره على حدود الله فباب التوبة مفتوح أمامه، والشارع قدر له عقوبة الحد فلا تثبت له عقوبة أخرى بمحض الرأى.

طلاق المكره:

يشترط كذلك فيمن يوقع الطلاق أن يكون غير مكره على إيقاعه والمكره هو الشخص الذى هدد وأرغم على إيقاع الطلاق بالقتل أو بإتلاف عضو من أعضائه أو بأخذ أمواله أو غير ذلك من الأمور التى لا تحتملها النفس ولم يكن قادراً على دفع هذا الأذى عن نفسه بوسيلة من الوسائل المشروعة فطلق زوجته تحت هذا التهديد وقد اختلف الفقهاء فى إيقاع هذا الطلاق.

فيرى جمهور الفقهاء أن هذا الطلاق لا يقع ولا يعتد به[1] ووجهتهم فى ذلك أن الطلاق وإن كان قد صدر من الزوج فهو لا يقصد به تطليق زوجته وإنما قصد به دفع الأذى عن

(١) قليوبى وعميرة جـ ٢ ص ٣٣٢.

نفسه وهذا من شأنه أن يفسد الاختيار أو يضعفه فلا يكون اختياره كاملاً فينتفى الحكم لانتفاء القصد والاختيار لقول الرسول ﷺ:

«رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه». وقول الرسول ﷺ: «لا طلاق في إغلاق» فسر الشافعى وغيره الإغلاق بالإكراه.

ويرى الحنفية: أن طلاق المكره يقع وحجتهم في ذلك أن المكره حينما تلفظ بالطلاق كان له القصد والاختيار في التلفظ به فيحاسب عليه وكل ما في الأمر أنه غير راضٍ بالأثر المترتب على الطلاق وهذا لا يمنع من وقوع طلاقه قياسًا على الهازل فإن طلاقه يقع بنص الحديث:

«ثلاث جدهن جد وهزلهن جد: النكاح والطلاق والرجعة»[1]. فإذا كان الهازل وهو الذي لا يقصد الطلاق عندما تلفظ به وإنما أراد المزاح واللعب يقع طلاقه فكذلك يقع طلاق المكره قياسًا عليه. والراجح فى ذلك هو رأي جمهور الفقهاء القائلين بعدم وقوع طلاق المكره وبرأيهم أخذ القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فاعتبر طلاق المكره لغوًا ونص فى المادة الأولى منه «لا يقع طلاق المكره والسكران» وهو اتجاه سليم. ولأن مذهب الحنفية يعتمد على القياس ولا قياس مع النص، كما أن الأصل المقاس عليه حكمه غير متفق عليه.

طلاق المخطئ:

المخطئ هو ذلك الشخص الذي سبق لسانه إلى أمر لا يريد الحديث عنه ولا يقصده وذلك كزوج أراد أن يصف زوجته بالطهر والعفاف فقال لها: أنت طالقة بدلاً من قوله أنت طاهرة وما أشبه ذلك. وطلاق المخطئ من الناحية الدينية لا يقع عملاً بحديث «رفع عن أمتى الخطأ» ويرجع الأمر فيه إلى نية الزوج فإن كان حقًا أخطأ فى التلفظ به ولم يقصد تطليق زوجته باللفظ الذي سبق لسانه إليه فيجوز له شرعًا أن يعاشر زوجته بعد صدور هذا اللفظ الذى أخطأ فيه لأن الأعمال بالنيات وهو أدرى بنيته والنية محلها القلب ولا قدرة لمخلوق على معرفة ما فى قلب غيره والله سبحانه وتعالى هو الذى سيحاسبه على نيته وعمله وصدق رسول الله ﷺ فى قوله: «وإنما لكل امرئ ما نوى».

---

(١) سبل السلام شرح بلوغ المرام جـ ٣ ص ٢١٥.

أما إن كان يقصد الطلاق بهذا اللفظ فيجب عليه شرعًا ألا يدعى سبق اللسان زوراً وبهتانًا لأن الله مطلع عليه يعلم ما بنفسه فكيف يكون موقفه مع الله سبحانه وتعالى الذي يعلم السر وما أخفى من السر فهو عليم بذات الصدور.

أما من الناحية القضائية فإن القاضي إذا علم بذلك وعرض عليه النزاع وطلب منه الفصل بين الزوجين فيجب عليه أن يحكم بوقوع الطلاق لأن الظاهر يؤيده وقد أمرنا أن نحكم بالظاهر والله يتولى السرائر[1].

ومثل المخطئ عند الحنفية الناسى فلو علق الزوج الطلاق على شيء ونسى ثم فعله ناسيًا وقع الطلاق[2].

طلاق الهازل:

الهازل هو الذى يقول اللفظ ولا يريد منه إلا اللعب واللهو والمزاح دون قصد لموجبه وحقيقته والجمهور من الفقهاء يقولون بوقوع طلاقه من الناحية الدينية والقضائية ويستدلون على ذلك بحديث النبى ﷺ «ثلاث جدهن جد وهزلهن جد: النكاح والطلاق والرجعة» وفي رواية «والعتاق».

فقد اعتبر النبى الهزل فى الأمور المذكورة كالجد فى ترتب الحكم الشرعى على الفعل وإن كان الهازل لا يقصد الحقيقة من لفظه الذى يلهو به فقد فعل السبب وهو الطلاق. وربط المسببات بالأسباب إنما هو للشارع سبحانه وتعالى وليس للإنسان فإذا نطق الهازل بالطلاق لزمه حكمه وهو الوقوع سواء رضى بذلك أم لم يرض.

وقد اعتبر طلاق الهازل واقعًا حتى لا يتخذ الناس ذلك ذريعة للهو واللعب بأحكام الشريعة وحتى يسد الباب فى وجه من يحاول الرجوع عن الطلاق بإدعاء أنه كان هازلاً وليس جادًا وهذا باب خطير يترتب عليه فساد كبير وشر مستطير وقد نهى الله عن التلاعب بالأحكام الدينية بقوله: ﴿وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا﴾[3]. فمن لعب بها ترتب عليه أثرها الشرعى عقابًا له وزجرًا، ومن هنا قال الفقهاء ويقع الطلاق من الهازل ديانة وقضاء.

---

(١) أما المالكية فطلاق المخطئ عندهم غير لازم مطلقًا إن ثبت سبق لسانه وإن لم يثبت قبل في الفتوى دون القضاء حاشية الدسوقى جـ ٢ ص ٣٦٦.

(٢) حاشية ابن عابدين جـ ٢ ص ٤٣٦.

(٣) الآية ٢٣١ من سورة البقرة.

وقد خالف، فى ذلك بعض الفقهاء فقالوا بعدم وقوع طلاق الهازل لأنه لا يقصد زوجته بهذا اللفظ الذى قاله على سبيل اللهو واللعب[١].

طلاق السفيه:

السفيه هو الذى يكون مبذراً فى إنفاق ماله ومن أجل ذلك أجاز الفقهاء الحجر عليه فى التصرفات المالية محافظة على نفسه وعلى أولاده والسفه ضد الرشد.

وطلاق السفيه لزوجته يكون واقعًا فى نظر جمهور الفقهاء لأن الحجر عليه في التصرفات المالية وليس فى التصرفات الشخصية كالزواج والطلاق فزواجه وطلاقه صحيح من غير حاجة إلى إجازة القيم عليه ورضاه به. وقد خالف فى ذلك الشيعة الإمامية فلم يوقعوا طلاق السفيه إلا إذا أذن له القيم به وذلك لأن الطلاق يترتب عليه حقوق مالية والسفيه ممنوع من التصرفات المالية فيجب أن يكون موقوفًا على إجازة القيم. والرأي الراجح فى نظرى هو رأى جمهور الفقهاء لأن الحقوق المالية المترتبة على الطلاق لا تختلف عند إجازة القيم أو عدم إجازته والطلاق حق شخصى للزوج لا يشاركه فيه قيم أو وصى ولا يصح إلا منه فيكون صحيحًا وواقعًا كما يقول بذلك الجمهور.

طلاق المريض مرض الموت:

مرض الموت: عرفه الفقهاء بتعاريف كثيرة أهمها: أنه المرض الذي يعجز الرجل عن القيام بمصالحه خارج البيت ويعجز المرأة أن تقوم بمصالحها داخل البيت ويغلب فيه الهلاك ويتصل به الموت.

ولا بد لكى يكون المرض مرض موت أن يتحقق أمران:

أولهما: أن يكون الغالب فى هذا المرض الهلاك عادة ويرجع فى ذلك إلى أهل الخبرة من الأطباء والإحصاءات العلمية.

ثانيهما: أن يتصل الموت بهذا المرض سواء أكان الموت بسبب هذا المرض أم بسبب شيء آخر غير ذلك المرض كالقتل أو الغرق أو التصادم أو حدوث مرض آخر أشد فتكًا من المرض الأول. وقد ألحق الفقهاء بالمريض مرض الموت فى الحكم الأصحاء الذين يكونون

---

(١) نيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٣٥، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٢ ص ٣٦٦.

فى ظروف تجعلهم يترقبون الموت بين لحظة وأخرى ويغلب عليهم فيها اليأس على الرجاء والهلاك على النجاة وينتهي بهم الأمر إلى الموت حتمًا وذلك كالمحكوم عليه بالإعدام وينتظر التنفيذ أو كان فى سفينة وغلبت عليهم الأمواج وظن الغرق أو كان أسيراً لدى دولة اعتادت قتل الأسرى. فهؤلاء وأمثالهم يعتبرون فى هذه الحالة كالمريض مرض الموت ويأخذون حكمه وعلى هذا لو أصيب الشخص بمرض لا يموت المريض منه غالبًا بحسب العادة ثم اتصل به الموت لا يعتبر فى هذه الحالة فى مرض الموت فإذا صدر منه طلاق أثناء هذا المرض أخذ حكم طلاق الأصحاء من كافة الوجوه وكذلك لو مرض الشخص بمرض يغلب فيه الهلاك وتم شفاؤه منه ثم عاد فمرض ومات فإن طلاقه فى المرض الأول لا يعتبر طلاق المريض مرض الموت.

حكم طلاق المريض مرض الموت:

والحكم فى طلاق المريض مرض الموت ومن فى حكمه يتوقف على نوع الطلاق الذى أوقعه على زوجته فإن كان الطلاق رجعيًا ومات المطلق فى أثناء العدة من هذا الطلاق ورثته زوجته لأن الطلاق الرجعى لا يزيل رابطة الزوجية فلا يمنع التوارث لقيام الزوجية بينهما حكمًا وهى السبب فى الميراث.

أما إن كان الطلاق بائنًا ومات الزوج والزوجة فى عدة هذا الطلاق ورثته الزوجة إن كان فارًا من ميراثها فيه بعد موته ولأنه كان قصده هو حرمانها من الميراث وهو الحق الذى شرعه الله لها فإنه يعامل بنقيض مقصوده عقابًا له وذلك كالوارث الذى يقتل مورثه ليحصل على الميراث فإنه لا يرثه لأنه لما تعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه.

متى يعتبر المريض مرض الموت فاراً من الميراث؟

ذهب الحنفية إلى أنه لابد لكى يكون المطلق فى مرض الموت فاراً من الميراث أن تتحقق الشروط الآتية:

(أ) أن يكون الطلاق البائن بعد الدخول الحقيقى فلو كان قبل الدخول والخلوة لا يعتبر فاراً ولا تستحق الزوجة الميراث لأن العدة لا تجب بهذا الطلاق والميراث أثر من آثار الزواج ولا يتصور بقاء شيء من آثار الزواج إلا فى حال وجود الزواج أو العدة.

(ب) أن تكون الزوجة أهلاً للميراث وقت الطلاق وتستمر هذه الأهلية بموت المطلق فإذا لم تكن أهلاً للميراث عند طلاقها كالكتابية المتزوجة بمسلم فلا يكون فاراً لأن اختلاف الدين مانع من موانع الميراث فلا فرق بين طلاقها فى الصحة أو فى المرض وكذلك إذا طلقها وهى أهل الميراث ثم ذهبت أهليتها عند الوفاة كالمرأة المسلمة لزوج مسلم طلقها وهي مسلمة ثم ارتدت عن الإسلام قبل وفاته لأن الردة مانع من موانع الميراث.

(جـ) أن تكون الزوجة غير راضية بالطلاق فإن كانت راضية به لأنها هى التى طلبته وأجابها زوجها إلى طلبها فلا ترثه إن مات فى أثناء عدتها لأن رضاها به دليل على عدم الفرار وكذلك لو كان الطلاق على مال لأن دفعها المال لزوجها فى سبيل أن يكون أمرها بيدها يدل على رضاها بالطلاق ويمنع اعتبار الزوج فاراً من الميراث لأنه أجابها إلى طلبها ولم يبدأها بالطلاق.

وذهب المالكية إلى أن الزوجة ترث زوجها الفار من الميراث مطلقًا بائنًا ومات من مرضه فإن زوجته لا ترثه ولو كان الموت فى أثناء العدة، لأن الميراث سببه الزوجية وقد انتهت الزوجية بالطلاق البائن فزال سبب الميراث.

وذهب المالكية إلى أن الزوجة ترث زوجها الفار من الميراث مطلقًا سواء مات فى أثناء العدة أو بعدها وسواء تزوجت بغيره أو لم تتزوج.

وذهب الحنابلة إلى أن الزوجة ترث زوجها الفار من الميراث بشرط عدم زواجها بغيره، فإن كانت متزوجة بغيره عند موته لا ترثه. والرأى الأول وهو مذهب الحنفية هو الذى يجري عليه العمل الآن فى القضاء وهو ما نص عليه فى قانون المواريث الصادر فى سنة ١٩٤٣ فى المادة ١١ حيث تقول «وتعتبر المطلقة بائنًا فى مرض الموت فى حكم الزوجة إذا لم ترض بالطلاق ومات المطلق فى هذا المرض وهى فى عدته». وهو ما نرجحه.

المبحث الثانى
التوكيل فى الطلاق والتفويض فيه

الطلاق من الحقوق التى يملكها الزوج ولما كان كذلك فللزوج أن يتولاه بنفسه وله أن ينيب فيه غيره سواء أكان هذا الغير شخصًا آخر غير الزوجة أم كانت الزوجة نفسها فإذا أناب الزوج عنه شخصًا آخر غير الزوجة سمى هذا توكيلاً وإذا أناب الزوجة فى طلاق نفسها منه سمى هذا تفويضًا.

أولاً: التوكيل فى الطلاق:

التوكيل فى الطلاق هو أن ينيب الزوج عنه شخصًا آخر فى طلاق زوجته بأن يقول له وكلتك فى طلاق زوجتى فإذا قبل هذا الشخص الوكالة ثم قال لزوجة موكله أنت طالق وقع الطلاق.

وحكم هذا الوكيل هو أنه يعمل برأي موكله ويتصرف تبعًا لمشيئته فليس له أن يتجاوز ما وكل به فإن تجاوزه بطل تصرفه إلا إذا أجازه الموكل.

وللوكيل الحق فى أن يطلق فى مجلس التوكيل ذاته وأن يطلق بعده ما دام الموكل لم يقيد تصرفه بزمن أو مكان معين وللموكل الحق فى عزل الوكيل فى أى وقت يشاء فإذا عزله فليس له الحق أن يطلق. ويراعى أن الوكيل فى الطلاق سفير ومعبر عن الموكل فلا ترجع إليه الحسوق المترتبة على الطلاق فلا يلزم بدفع مؤخر الصداق أو المتعة أو نفقة العدة وإنما ترجع هذه الحقوق جميعًا إلى الموكل وهو الزوج.

ثانيًا: التفويض فى الطلاق:

التفويض في الطلاق هو أن يملك الزوج زوجته تطليق نفسها منه أو يملك غيره تطليق امرأته تمليكًا معلقًا على مشيئته بأن يقول له طلق زوجتى فلانة إن شئت[١]. ويتحقق تفويض الطلاق للمرأة بواحد من أمور ثلاثة:

(١) الأحكام الشرعية للدكتور زكى الدين شعبان ص ٤٥٢.

١- التخيير، كأن يقول لها اختاري نفسك.

٢- الأمر باليد كأن يقول لها أمرك بيدك ناويًا بذلك تفويض أمر الطلاق إليها.

٣- صريح الطلاق: كقول الرجل لزوجته طلقى نفسك.

فإذا قال الرجل لزوجته اختاري نفسك أو طلقى نفسك أو أمرك بيدك ناويًا تفويض الطلاق إليها فقد ملكها حق إيقاع الطلاق فيكون لها الخيار بين إيقاع الطلاق الذى فوضه إليها وبين عدم إيقاعه، فإن اختارت الطلاق بأن قالت: أنا طالق أو طلقت نفسى أو اخترت نفسى وقع الطلاق وإن لم تختر إيقاع الطلاق لا يقع. وعلى هذا لو فوض الزوج الطلاق إلى زوجته أو غيرها فليس للزوج أن يرجع قبل تحقق هذا الاختيار فلو قال لزوجته اختاري نفسك قاصداً بذلك تفويض الطلاق لها وقبل أن تختار شيئًا قال: رجعت فى الحق الذي أعطيته لك، فإن رجوعه لا يصح وتظل المرأة مالكة لحق التطليق، لأن التفويض تعليق للطلاق من جانب الزوج على مشيئة الزوجة والتعليق عند الحنفية يمين والأيمان لا يجوز الرجوع فيها بعد صدورها.

أنواع التفويض فى الطلاق وحكم كل نوع:

التفويض فى الطلاق تارة يكون مطلقًا غير مقيد بزمن معين كأن يقول الزوج لزوجته: اختارى نفسك أو طلقى نفسك، وتارة يكون مقيدًا بزمن معين كأن يقول لها: اختاري نفسك أو طلقى نفسك فى مدة شهر، وتارة يكون عامًا فى جميع الأزمان كأن يقول لها: اختارى نفسك أو طلقى نفسك متى شئت أو فى أى وقت تشائين. فإذا كان التفويض مطلقًا غير مقيد بزمن معين فإن حق الطلاق يثبت لمن فوض إليه ما دام المجلس باقيًا ولم يظهر ما يدل على الإعراض، فإن تغير المجلس أو ظهر ما يدل على الإعراض عن موضوع التفويض سقط هذا الحق، لأن الصحابة رضوان الله عليهم جعلوا للمخيرة الخيار ما دامت في مجلسها فإذا قامت منه بطل خيارها ولم يكن لها أن تطلق نفسها، ولأن التفويض تمليك للطلاق من الغير والتمليكات تقتضي جوابًا عنها فى المجلس كما فى البيع ونحوه.
وإن كان التفويض مقيداً بزمن معين ثبت حق الطلاق لمن فوض إليه حتى نهاية المدة المحددة فإذا انتهت تلك المدة بطل هذا الحق. فلو فوض الزوج زوجته فى طلاق نفسها مدة شهر

وكانت غائبة ولم تعلم بالتفويض إلا بعد مضى ذلك الشهر سقط حقها فى الطلاق لأنه مقيد بمدة محددة وقد انتهت فلا تملكه بعد فوات زمنه.

وإن كان التفويض مشتملاً على ما يدل على التعميم فى جميع الأزمان كان لمن فوض إليه الطلاق أن يوقعه فى أى وقت أراد فلو قال الرجل لزوجته: طلقى نفسك متى شئت، كان لها أن تطلق نفسها فى أى وقت تشاء فإذا طلقت نفسها مرة انتهى التفويض إلا إذا كان فى عبارة التفويض ما يدل على التكرار ككلمة (كلما) ففى هذه الحالة يكون لها أن تطلق نفسها أكثر من مرة إلى ثلاث ولكن لا تملك إيقاع الثلاث دفعة واحدة لأن الرجل على ما هو المعمول به الآن لا يملك ذلك، والمرأة فى التفويض نائبة عنه فى تطليق نفسها فلا تملك إلا ما يملكه[1].

وقت التفويض:

تفويض الطلاق إلى الزوجة أو غيرها يجوز أن يكون عند إنشاء العقد كما يصح أن يكون بعد العقد وأثناء قيام الزوجية. وصورة التفويض عند إنشاء العقد أن تقول المرأة للرجل تزوجتك على أن يكون أمر الطلاق بيدى أطلق نفسى متى شئت فيقبل الرجل ذلك فإذا كان التفويض مطلقًا عن التقيد بزمن معين، أو صدر التفويض حين العقد بصيغة مطلقة كأن تقول المرأة للرجل تزوجتك على أن يكون أمر طلاقى بيدى فيقول قبلت، تقيد الطلاق بمجلس إنشاء العقد، فإذا انتهى المجلس لم يكن لها الحق فى طلاق نفسها بعد ذلك. ولكن جرى العمل فى بعض المحاكم على أن التفويض المطلق إذا كان عند إنشاء العقد فإنه لا يتقيد بالمجلس وللزوجة أن تطلق نفسها متى شاءت لأنها ما تزوجت لكى تطلق نفسها في الحال بل لتملك هذا الحق فى المستقبل والألفاظ تفسر بحسب أغراضها ومراميها وهو اتجاه سديد لهذه المحاكم ونؤيده.

والتفويض لا يسلب الزوج حقه فى إيقاع الطلاق وإن كان من قبيل التمليكات عند الحنفية فللزوج بعد تفويضه الطلاق إلى زوجته أن يوقع الطلاق عليها كما إذا وكل غيره بالطلاق.

---

(١) الأحكام الشرعية للدكتور زكى الدين شعبان ص ٤٥٧.

الفرق بين التفويض فى الطلاق والتوكيل فيه:

تفويض الطلاق وإن كان يتفق مع التوكيل به فى أن كلا منهما لا يسلب الزوج حقه فى إيقاع الطلاق إلا أن هناك فروقًا بينهما من عدة وجوه.

١- لا يملك الزوج الرجوع عن التفويض بعد صدوره منه. أما التوكيل فيجوز للزوج الرجوع عنه ما دام لم ينفذ ما وكل به.

٢- فى التفويض يعمل المفوض إليه بمشيئته هو وعلى حسب ما يختار، لأن الزوج قد أضاف أمر الطلاق إلى مشيئة من فوضه يستخدمه حينما يريد. أما التوكيل فإن الوكيل يعمل بمشيئة غيره وهو الموكل ولا يعتبر ممتثلاً إلا إذا نفذ ما وُكِّل به على حسب رغبة الموكل وإرادته.

٣- التفويض إذا كان مطلقًا تقيد بالمجلس إلا إذا كان مقارنًا لإنشاء العقد فإن حق الطلاق لا يتقيد بالمجلس بل يثبت فى جميع الأوقات أما التوكيل فإنه لا يتقيد بالمجلس فللوكيل بالطلاق أن يطلق فى مجلس التوكيل وأن يطلق بعده طالما كانت الوكالة مطلقة.

٤- التفويض لا يبطل بجنون الزوج لأنه في معنى التعليق. والتعليق لا يبطل بجنون الزوج بعد صدوره. أما التوكيل فإنه يبطل بجنون الزوج لأن الجنون يخرجه عن الأهلية وخروج الموكل أو الوكيل عن الأهلية يبطل الوكالة.

نوع الطلاق الواقع بالتفويض:

الطلاق الواقع بناء على التفويض يكون طلاقًا رجعيًا إلا إذا كان قبل الدخول أو كان مكملاً للثلاث أو كان فى مقابل مال لأن الزوج لا يملك إلا الطلاق الرجعى فما تملكه الزوجة منه يكون رجعيًا كذلك ولو كان صيغة التفويض تحتمل إرادة الطلاق البائن لأن البائن لا يقع بإرادة المطلق بل بحكم الشارع (١) وهذا ما يجرى عليه العمل فى القضاء وهو مقتضى المادة الخامسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩.

(١) الأحوال الشخصية للمرحوم الشيخ أبى زهرة ص ٣٢٣.

أما فقهاء الحنفية فيرون أن الطلاق الواقع بالتفويض قد يكون بائنًا وذلك إذا كان التفويض بلفظ الاختيار أو الأمر باليد لأن المرأة لا يتم لها اختيار نفسها ولا يكون أمرها بيدها إلا بالطلاق البائن.

وإن كان التفويض بصريح الطلاق كان الطلاق رجعيًا[(١)].

مشروعية تفويض الطلاق إلى المرأة:

الأصل في هذه المشروعية قوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُل لِّأَزْوَاجِكَ إِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلاً ﴿٢٨﴾ وَإِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَالدَّارَ الآخِرَةَ فَإِنَّ اللَّهَ أَعَدَّ لِلْمُحْسِنَاتِ مِنكُنَّ أَجْرًا عَظِيمًا﴾[(٢)].

فهاتان الآيتان تفيدان أن النبى ﷺ خير نساءه بأمر من ربه بعد أن طالبنه بالإنفاق عليهن إنفاقًا لا يقدر عليه بين الإبقاء على رباط الزوجية، وبين القضاء عليها، ومعنى هذا أن الرسول ﷺ جعل أمر قيام الزوجية وعدم قيامها إلى أزواجه وهذا هو التفويض، فالتفويض مشروع بالكتاب ولهذا ذهب جمهور الفقهاء إلى جوازه، وخالف فى ذلك الظاهرية فقالوا لا يجوز التفويض لأنه تمليك الطلاق للمرأة وهو بيد الرجل عملاً بقوله ﷺ «إنما الطلاق لمن أخذ بالساق» ولا يغير أحد حكم الشرع[(٣)]. ورأى الجمهور هو المختار، إذ أنه لصاحب الحق أن ينيب عنه غيره فيه.

المبحث الثالث

من يقع عليها الطلاق

الطلاق لا يقع إلا على الزوجة، لأنها محل العقد، فما دام عقد الزواج قائمًا بينها وبين زوجها فيقع عليها الطلاق إذا طلقها زوجها.

فإذا كان الطلاق قبل الدخول كان طلاقًا بائنًا بينونة صغرى ولا عدة عليها وتصير الزوجة به أجنبية عمن طلقها، فإذا طلقها مرة أخرى بعد الأولى، أو كرر الطلاق لا يقع

(١) الهداية وفتح القدير جـ ٣ ص ١٠٥ وما بعدها.
(٢) الآيتان ٢٨ و٢٩ من سورة الأحزاب.
(٣) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ٢١٦.

عليها إلا الأولى فقط، أما إذا طلقها بعد الدخول فيكون الطلاق رجعيًا إلا فى حالات سنبينها فيما بعد. وتعتد المرأة بعد طلاقها، ويجوز للزوج أن يوقع عليها طلاقًا ثانيًا وهى فى أثناء العدة من هذا الطلاق الرجعى لأنها زوجته حكمًا. أما إذا كانت مطلقة بائنًا بينونة صغرى فقد ذهب الحنفية إلى أنه يجوز للزوج أو يوقع عليها طلاقًا ثانيًا لأنها فى حكم الزوجة أيضًا.

وذهب الشافعية إلى القول بعدم وقوع الطلاق عليها فى أثناء عدتها لأن الرابطة الزوجية بينها وبين زوجها قد انتهت فلا يقع عليها الطلاق وهذا ما نرجحه. وأما المعتدة من طلاق بائن بينونة كبرى فلا يقع عليها الطلاق لأنها ليست محلاً للطلاق.

وكذلك الفرقة التى تكون فسخًا لعقد الزواج لا يقع الطلاق على المرأة فى أثناء عدتها من هذه الفرقة، لأن الفسخ يعتبر نقضًا للعقد من أساسه.

المبحث الرابع

تنظيم إجراءات الطلاق بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥

«نصت المادة ٥ مكررًا المضافة بالمادة الأولى من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على المطلق أن يوثق إشهاد طلاقه لدى الموثق المختص خلال ثلاثين يومًا من إيقاع الطلاق، وتعتبر الزوجة عالمة بالطلاق بحضورها توثيقه، فإذا لم تحضر كان على الموثق إعلان الطلاق لشخصها على يد محضر، وعلى الموثق تسليم نسخة إشهاد الطلاق إلى المطلقة أو من ينوب عنها وفق الإجراءات التى يصدر بها قرار من وزير العدل».

«ويعاقب المطلق بالحبس مدة لا تجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تجاوز مائتى جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا خالف أيا من الأحكام المنصوص عليها فى المادة (٥ مكررًا) من هذا القانون».

«ويعاقب الموثق بالحبس مدة لا تزيد عن شهر وبغرامة لا تجاوز خمسين جنيهًا إذا أخل بأي من الالتزامات التى فرضها عليه القانون ويجوز أيضًا الحكم بعزله أو وقفه عن عمله».

«وتترتب آثار الطلاق من تاريخ إيقاعه، إلا إذا أخفاه الزوج عن الزوجة، فلا تترتب آثاره من حيث الميراث والحقوق المالية الأخرى إلا من تاريخ علمها به».

ويبين من نص المادة السالفة الذكر أن الشرع أوجب على كل مطلق أوقع الطلاق أو يريد إيقاعه أن يبادر بتوثيقه أمام السلطة المختصة بالتوثيق وهو المأذون الشرعى بالنسبة للمصريين المسلمين، أو مكتب التوثيق بالشهر العقاري بالنسبة لمختلفي الجنسية أو الديانة. ويجب على المطلق توثيق إشهاد طلاقه خلال ثلاثين يومًا من إيقاع الطلاق ولا يحتسب يوم وقوع الطلاق.

وإذا كانت المطلقة حاضرة توثيق الطلاق فتعتبر عالمة به. أما إذا لم تحضر فيجب على الموثق إعلان إيقاع الطلاق لشخصها على يد محضر، خلال سبعة أيام من تاريخ توثيق إشهاد الطلاق وذلك عملاً بقرار وزير العدل رقم ٣٢٦٩ لسنة ١٩٨٥.

ويتم إعلان الموثق للمطلقة بأن يودع قلم المحضرين المختص هذا الإعلان خلال سبعة أيام من تاريخ توثيق إشهاد الطلاق متضمنًا لبيان أوراق المحضرين، مضافًا إليها:

١- تاريخ وقوع الطلاق.

٢- اسم الموثق الذي وثق إشهاد الطلاق ومقر عمله.

٣- رقم إشهاد الطلاق.

٤- بيان الطلاق الذى تضمنه الإشهاد.

٥- إخطار المطلقة باستلام نسخة إشهاد الطلاق الخاصة من الموثق المختص خلال خمسة عشر يومًا من تاريخ الإعلان.

ويجب أن يكون هذا الإعلان لشخص المطلقة عملاً بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ واستثناء من المادة ١٠ من قانون المرافعات فإذا خالف المطلق أحكام هذه المادة يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تجاوز مائتى جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين. كذلك إذا أخل الموثق بأى من الالتزامات التى فرضها عليه القانون يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على شهر وبغرامة لا تجاوز خمسين جنيهًا، كما يجوز أيضًا الحكم بعزله أو وقفه عن عمله لمدة لا تجاوز سنة.

وقف ترتيب آثار الطلاق:

وتترتب آثار الطلاق من تاريخ وقوعه، إلا إذا أخفاه الزوج عن الزوجة فتترتب الآثار غير المالية من عدة وثبوت نسب من وقت وقوع الطلاق أما الميراث والحقوق المالية الأخرى من نفقة وغيرها فجعلها تترتب من وقت علم المطلقة بالطلاق.

المبحث الخامس
ما يقع به الطلاق

يقع الطلاق بكل لفظ يدل على حل رابطة الزوجية سواء كان لفظًا عربيًا أو غير عربى أو ما يقوم مقام اللفظ من كتابة أو إشارة.

واللفظ الذى يقع به الطلاق نوعان: صريح وكناية.

أولاً: الطلاق الصريح:

هو الذى يكون بلفظ يدل على الطلاق بأصل وضعه أو يدل عليه باشتهار استعماله عرفًا فيه.

فالألفاظ التى وضعت للطلاق أصلاً فهى ألفاظ الطلاق أو ما يشتق منه أو ما تتلاقى معه فى الاشتقاق. كقول الزوج لزوجته: أنت طالق أو طلقتك أو أنت مطلقة وهذا عند جميع الفقهاء. وهناك لفظان آخران يجعلهما الإمام الشافعى ومن وافقه من ألفاظ الصريح وهما لفظ الفراق والسراح لورودهما في القرآن الكريم بمعنى الطلاق قال تعالى ﴿وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلاً﴾[1] وقال: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾[2]. وعلى هذا لو قال الزوج لزوجته فارقتك أو سرحتك كان صريحًا على المشهور فى المذهب الشافعى وهما من ألفاظ الكناية عند الأئمة الثلاثة وعلى غير المشهور عند الشافعية[3]. ويدخل فى الصريح الألفاظ التى اشتهر استعمالها عرفًا فى الطلاق هى مثل قول الزوج لزوجته: أنت على حرام أو أنت محرمة أو حرمتك.

وحكم الطلاق الصريح:

وهو الوقوع من غير حاجة إلى نية أو دلالة الحال لأن الأصل فى وضعه للدلالة على الطلاق فيدل عليه بمجرد التلفظ به إذا لم تكن هناك قرينة تصرفه عن معناه. فلو قال الزوج لزوجته أنت طالق ثم قال: لم أقصد بذلك فراق الزوجة لا يصدق فى ذلك ويقع طلاقه قضاء لا ديانة.

(١) الآية ٤٩ من سورة الأحزاب.

(٢) الآية ٢ من سورة الطلاق.

(٣) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ص ٧٤ جـ ٢ وقليوبي وعميرة ص ٢٢٤ جـ ٣ ومنار السبيل فى شرح الدليل ص٢٣٨ جـ ٢.

فإن كانت هناك قرينة تصرفه عن معناه فلا يقع قضاء ولا ديانة وذلك كإكراه الزوج على طلاق زوجته فإذا ادعى أنه قال مكرهًا: أنت طالق وقصد بذلك اللفظ الطلاق من القيد الحسى صدق فى دعواه لوجود القرينة الصارفة له عن المعنى الأصلى الموضوع له.

ثانيًا: الطلاق بالكناية:

وهى كل لفظ يحتمل الطلاق ويحتمل غيره وذلك كقوله الرجل لزوجته ألحقى بأهلك أو أنت حرة أو حبلك على غاربك. أو أمرك بيدك أو ما أشبه ذلك من الألفاظ التى تدل على الطلاق لوجود القرينة الدالة على ذلك أو لدلالة الحال.

وحكم الطلاق بلفظ من ألفاظ الكناية:

يقع به الطلاق إذا نوى به الزوج الطلاق أو كانت هناك دلالة الحال على أن الزوج يريد بقوله الذى صدر منه إرادة الطلاق وعلى هذا لا تكون النية شرطًا فى وقوع الطلاق بالكناية بل يقع بالنية ويقع كذلك بدلالة الحال عليه وذلك كقوله الزوج لزوجته إذا سألته طلاقها: اذهبى لأهلك فإنه يقع طلاقه ولو لم ينوِ به الوقوع.

وهذا مذهب الحنفية والحنابلة خلافًا للمالكية والشافعية فإنهما لم يوقعا الطلاق بلفظ الكناية إلا إذا وجدت النية فإذا لم تكن هناك نية فلا يقع وإن وجدت دلالة الحال لأنه لا عبرة بها وإنما العبرة بالنية فقط فإذا وجدت وقع الطلاق وإذا لم توجد لا يقع الطلاق وهذا هو المعمول به منذ صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ إلى وقتنا هذا وقد نص القانون المذكور على العمل بمذهب المالكية والشافعية بعد أن كان العمل بمذهب الحنفية ونص المادة الرابعة منه (كنايات الطلاق وهى ما يحتمل الطلاق وغيره لا يقع الطلاق بها إلا بالنية).

وعلى هذا لو قال الزوج لزوجته: ألحقى بأهلك ثم ادعى أنه لا يريد بذلك الطلاق وإنما يريد أن تذهب إلى أهلها منعًا لازدياد الشقاق والخلاف بينهما لا يقع وتعرف نيته باعترافه لا بشىء آخر وإذا رفعت الزوجة أمرها إلى القضاء كان القول قول الزوج مع يمينه فيحلف أنه ما أراد الطلاق لزوجته بهذا اللفظ ويترتب على ذلك رفض دعوى الزوجة فإذا امتنع الزوج عن الحلف حكم القاضى عليه بالطلاق.

ما يقوم مقام اللفظ:

ويقوم مقام اللفظ الكتابة والإشارة.

الطلاق بالكتابة:

قد يعدل الزوج عن النطق بلفظ من ألفاظ الطلاق الصريح أو الكناية إلى كتابته. والكتابة تنقسم إلى قسمين: مستبينة وغير مستبينة.

أما الكتابة المستبينة: فهى التى يبقى أثرها بعد الانتهاء منها وذلك مثل الكتابة على الورق أو ما أشبه ذلك وهذه تقوم مقام اللفظ ويقع بها الطلاق بدون نية إذا كان اللفظ المكتوب من ألفاظ الطلاق الصريح وهو معنون بعنوان الزوجة وموجه إليها كأن يكتب إلى زوجتى فلانة «إذا وصلك خطابى هذا فأنت طالق». فإن كان غير معنون بعنوانها وغير مرسل لها كأن يكتب الزوج فى ورقة جملة «أنت طالق» من غير أن يكتب عليها عنوان زوجته ولا يرسلها إليها لا يقع به الطلاق إلا إذا نواه لأن الكتابة يقصد بها الطلاق ويقصد بها تحسين الخط ولا يعرف أحدهما إلا من الزوج فيصدق فى دعواه ويسمى القسم الأول بالكتابة المرسومة والثانى بالكتابة غير المرسومة.

أما غير المستبينة: فهى التى لا يبقى لها أثر بعد الانتهاء منها وذلك كالكتابة على الماء أو فى الهواء وهى لا تقوم مقام اللفظ ولا يقع بها الطلاق.

الطلاق بالإشارة:

قد تكون هناك ضرورة تقتضي أن يكون الطلاق بالإشارة وذلك عند العجز عن النطق كالأخرس مثلاً وفى هذه الحالة تقوم الإشارة مقام اللفظ والعبارة ويقع بها الطلاق إن كانت مفهومة وتدل على إرادة الطلاق. وذلك دفعًا للحاجة ومراعاة للضرورة التى تقتضى ذلك ومثل الأخرس كل من عجز عن النطق ولو كان ذلك نتيجة لاحتباس الصوت أو إجراء عملية جراحية أو غير ذلك. فإن كان الزوج قادرًا على النطق وطلق زوجته بالإشارة فلا يقع طلاقه لأنه ليس هناك ما يقتضى العدول عن النطق إلى الإشارة فلا يعول عليها. وإن كان العاجز عن النطق يحسن الكتابة ففى وقوع طلاقه بالإشارة روايتان.

إحداهما: وقوع الطلاق لأن كلا من الإشارة والكتابة يقوم مقام العبارة.

ثانيهما: عدم وقوع الطلاق لأن الكتاب أبلغ من الإشارة وأوضح فى الدلالة على المطلوب فلا تصح الإشارة مع معرفة الكتابة وهذه الرواية هى الراجحة.

المبحث السادس
الإشهاد على الطلاق

يذهب جمهور الفقهاء إلى أن الإشهاد على الطلاق أمر مندوب إليه، ووقوع الطلاق لا يتوقف عليه إذ هو ليس شرطًا عندهم لوقوع الطلاق، لأنه لم يؤثر عن الرسول ﷺ ولا عن الصحابة أن الإشهاد شرط لصحة وقوع الطلاق مع كثرة ما وقع أمامهم من حوادث الطلاق وأن الأمر فى قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ ..﴾[1] إلى قوله: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾[2] هذا الأمر للندب لأنه أتى به على سبيل الموعظة وهذا ظاهر من السياق فى الآية لتأخره فى النسق عن إيقاع الطلاق فتبين من ذلك أنه غير لازم لإيقاع الطلاق ولا يتوقف عليه، وأن إقامة الشهادة فيه لأمر خارج عنه، وإنما ذلك من باب الإرشاد حسمًا للنزاع وبعدًا عن الريبة واتقاء المفاسد.

ويرى الظاهرية والشيعة الزيدية والإمامية وجود الإشهاد لأن الأمر فى قوله تعالى: ﴿وأشهدوا﴾ للوجوب، لأنه لم يصرف عن ظاهره بدليل قوله تعالى: ﴿وأقيموا الشهادة لله﴾، وأيضًا إعادة ذكر الطلاق وإقران الإشهاد به ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ والمفارقة بذات الطلاق الذى تصح فيه الرجعة الدال عليه بقوله: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ﴾ فليس هناك فاصل. كما أن المصلحة تقتضى ضرورة الإشهاد وخاصة وأن الله تعالى يقول: ﴿وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾[3].

ويرى الشيعة الإمامية أن حضور الشاهدين وسماعهما التلفظ أو الكتابة ممن لا يستطيع التلفظ وفهمهما الإشارة ممن لا يستطيع التلفظ أو الكتابة شرط فى صحة الطلاق يترتب على عدم توافره بقاء الزوجية وبطلان الطلاق[4]. ولكن ابن حزم - وهو يرى وجوب الإشهاد على الطلاق - يرى أن من طلق ولم يشهد على طلاقه يقع طلاقه ويلزم - إلا أنه آثم لمخالفته أمر الله - يكون متعديًا لحدود الله سبحانه وتعالى.

وما نرجحه هو القول الثانى وهو أن الإشهاد على الطلاق واجب لأنه بجانب القرائن فى الآية التى تدل على الوجوب هو عمل استثنائى يقوم به الرجل منفردًا غالبًا فإشهاد الشهود يرفع احتمال الجحود ويحقق العلانية ويثبت لكل منهما حقه قبل الآخر، فضلاً عن أن اشتراط الإشهاد

---

(١) الطلاق: ١.
(٢) الطلاق: ٢
(٣) الطلاق: ١.
(٤) فقه الإمام جعفر جـ٦ ص١٢، جواهر الكلام جـ ٤ باب الطلاق.

قد يؤخر الطلاق ويعوق المتسرع من إحداث ما هو بغيض عند الله[١]، كما ان اشتراطه هو الذى يتلاءم مع اجراء الزواج واعتبار الإشهاد فيه.

كما أننا نرى أنه وإن كان الإشهاد واجبًا إلا أن الطلاق واقع ولو لم يتم الإشهاد، وليعلم كل من المطلق والمطلقة أن الطلاق واقع ديانة، فليس للزوج قربان مطلقته، وعليها أن لا تمكنه منها، إلا أن الأمر بالنسبة للقضاء خاضع للإثبات، وعلى المدعى به أن يثبته بكافة طرق الاثبات، واليمين على من أنكر، فإذا لم يقم المدعى بينة وحلف المدعى عليه فالزوجية بينهما قائمة، وهما مدانان فيما بينهما وبين الله سبحانه وتعالى[٢].

* * *

(١) أحكام الأسرة للدكتور محمد يوسف موسى ص ٢٧١.

(٢) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ٢٥١.

الفصل الثالث

القيود التى يتقيد بها حق الزوج فى إيقاع الطلاق

الطلاق وإن كان مفوضًا للزوج وحقًا من حقوقه إلا أنه ليس حقًا مطلقًا يستعمله الزوج كيفما شاء ويوقعه حينما يريد وإنما هو حق مقيد بقيود إذا تحققت هذه القيود كان ايقاع الطلاق مباحًا لا إثم فيه وإذا فقد واحد منها كان إيقاع الطلاق محظوراً شرعًا وبالرغم من ذلك فهو واقع ومعتبر من عدد الطلقات وهذه القيود نجملها فيما يلى:

١ ـ أن يكون هناك سبب يدعو إلى إيقاع الطلاق.

٢ ـ ألا يكون الطلاق أكثر من واحدة.

٣ ـ أن يكون الطلاق فى حال الطهر الذى لم يخالط فيه الزوج زوجته.

أولاً: أن يكون هناك سبب يدعو إلى إيقاع الطلاق:

اتفق كثير من الفقهاء على أن حق الزوج فى الطلاق مقيد بالحاجة التى تدعو إليه فلا يحل له أن يوقع الطلاق إلا إذا كان هناك سبب يدعو إلى هذا الطلاق كإيذاء الزوجة للزوج أوللغير أو سوء سلوكها مؤسسين دعواهم هذه بأن الأصل فى الطلاق هو الحظر والمنع وأنه لا يباح إلا عند الحاجة إليه.

وقد استدلوا على ما ذهبوا إليه بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً﴾(١) وكذلك بقول النبى ﷺ: «أبغض الحلال إلى الله الطلاق» وبقوله: «لا تطلق النساء إلا من ريبة، إن الله لا يحب الذواقين والذواقات».

فقد نهى المشرع سبحانه فى الآية الكريمة الأزواج عن التعريض للزوجات إذا استقام أمرهن وصلح حالهن وفى هذا دليل على تحريم الطلاق عند استقامة حال الزوجة وصلاح أمرها وقد أكد الحديثان الكريمان هذا المعنى كذلك.

---

(١) الآية ٣٤ من سورة النساء.

ويرى بعض الفقهاء أن حق الزوج فى الطلاق حق مطلق يستعمله كيفما شاء دون التقيد بالحاجة التى تدعو إليه فيجوز للزوج أن يطلق زوجته لمجرد رغبته فى الخلاص منها ولو لم يكن هناك سبب يدعو إلى الطلاق مؤسسين دعواهم على أن الأصل فى الطلاق الإباحة وعدم المنع. وقد استدلوا على ذلك بقوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾[1]. فإن التعبير برفع الجناح والإثم عن المطلق يدل على أن الطلاق مباح ولا حظر فيه. إلا أنه يرد عليهم بأن رفع الجناح فى الآية الكريمة راجع إلى ايقاع الطلاق قبل الدخول بالزوجة وقبل تسمية المهر ولا يدل على رفع الإثم عن المطلق إذا أوقع الطلاق دون سبب يدعو إليه وهو أصل القضية محل الخلاف. واستدلوا كذلك بأن الرسول ﷺ قد طلق بعض زوجاته وكذلك طلق بعض الصحابة زوجاتهم، ولو كان الطلاق محظوراً لما أقدموا عليه[2].

غير أنه يرد عليهم بأنه لم يثبت أن إقدام الرسول وأصحابه على إيقاع الطلاق كان بدون سبب يدعو إليه. على أن الظاهر من حال الرسول وأصحابه أن طلاقهم كان للحاجة لأن الطلاق بدون سبب يدعو إليه يعتبر كفراً بنعمة الزواج ويترتب عليه إلحاق الضرر بالزوجة والأولاد وهدم ركن من أركان السعادة الزوجية التى هى أساس من أسس المجتمع. وهو ما لا يمكن أن يقع من الرسول وأصحابه لأنه يعتبر عبثًا وإيذاءً بدون سبب وهو أمر ينزه عنه الرسول وأصحابه. والرأى الراجح هو الأول لقوة سنده، ولما فيه من تحقيق المصلحة العامة وهو ما يتفق مع روح الشريعة ومعقولها، وما تدعو إليه مقاصدها العامة.

طلب التعويض عن الطلاق بدون سبب:

ترتب على الخلاف السابق بين الفقهاء فى أصل الطلاق من حيث الإباحة والحظر خلاف بين المحاكم المصرية فى شأن تعويض المطلقة التى يطلقها زوجها بدون سبب ظاهر يدعو إلى الطلاق فبعض المحاكم حكمت لمثل هذه الزوجة بالتعويض بناء على إيقاع الطلاق وإن كان حقا من حقوق الزوج بحسب أحكام الشريعة الإسلامية إلا أن هذا الحق مقيد عند الفقهاء بأن تكون هناك حاجة إليه وسبب يدعو إليه فإذا طلق الزوج زوجته بدون سبب

---

(١) البقرة: ٢٣٦.

(٢) فتح القدير جـ ٣ ص ٢٢.

ظاهر يدعو إلى الطلاق كان مسيئًا فى استعمال الحق المخول له شرعًا فيكون ملزمًا بتعويض الضرر الذى أصاب الزوجة ماديًا أو أدبيًا أيًا كان هذا الضرر لأن الأصل فى الطلاق الحظر ولا يباح إلا لحاجة تدعو إليه، وما دام الزوج لم يبين للمحكمة سببًا واضحًا لهذا الطلاق فإنه يكون قد أساء استعمال هذا الحق وهو ما يستوجب الحكم عليه بالتعويض[١].

وبعض المحاكم لم تحكم بالتعويض بناء على أن «الطلاق» مباح للزوج طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ولا يتقيد فى استعماله بوجود حاجة تدعو إليه فإذا طلق الزوج بدون سبب ظاهر يدعوه إلى الطلاق كان مستعملا حقه المخول له شرعًا ولم توجد منه إساءة تستوجب مسئوليته عن الضرر الذى يصيب الزوجة بسبب الطلاق[٢].

ما نراه فى الحكم بالتعويض عند الطلاق بدون سبب:

وفى رأينا[٣] أن المحاكم التى تحكم بعدم التعويض هى المحاكم صاحبة الرأى السديد الذى يتفق ومبادئ الشريعة الإسلامية الغراء وإن كان قد جانبها الصواب فى تعليل أحكامها حيث أنها أسست حكمها بعدم التعويض على أن الطلاق حق مطلق للزوج فى الشريعة الإسلامية وهو تعليل غير صحيح لأن الراجح عند غالبية الفقهاء أن الأصل فى الطلاق هو الحظر والمنع ولا يباح إلا للحاجة. والتعليل الصحيح لهذا الحكم أن يقال أن الطلاق كان الأصل فيه الحظر والمنع ولا يباح إيقاعه إلا عند الحاجة التى تدعو إليه إلا أن هذه الحاجة مسألة تقديرية وقد تكون نفسية لا تجرى عليها وسائل الإثبات، فالطلاق من هذه الناحية يشبه ما يسمى فى القانون بالحق التقديرى وهو الذى يكون صاحبه هو الحكم الوحيد فى تقدير الواجب الملقى على عاتقه حين يستعمل هذا الحق. والحق التقديرى لا يوصف من يستعمله بأنه متعسف ولا يؤدى استعماله إلى مسئولية صاحبه تطبيقًا لنظرية التعسف فى

(١) حكم محكمة مصر الابتدائية فى ٣٠ يناير سنة ١٩٢٦ المنشور فى المجموعة الرسمية للمحاكم الأهلية جـ ٢٨ ص ١٠٨ وحكم محكمة شبين الكوم العليا فى ١٩٣٢/١٢/١٢ المنشور فى مجلة المحاماة س: ١١ ص: ٦٤٠.

(٢) حكم محكمة مصر فى ٩ نوفمبر سنة ١٩٣١ المنشور فى مجلة المحاماة فى س ١٥ عدد ٦ ص ٢٥٦، وحكم محكمة مصر الأهلية فى ١٩٢٧/١٢/١٨ مجلة المحاماة س: ٨ ص ٤٩٧.

(٣) الأحكام الشرعية للدكتور زكى الدين شعبان ص ٣٧٨.

استعمال الحق وذلك لخروجه عن نطاق هذه النظرية لأن الطلاق أمر يصعب تقدير البواعث التى دعت إليه فهى فى الغالب والكثير بواعث أخلاقية وداخلية بحتة فإذا أريد معرفة ما إذا كان هناك تعسف فى استعماله وجب على القاضى أن يفحص البواعث والعواطف وهذه بلا شك أمور شخصية لا يستساغ أن يترك أمر تقديرها للقاضى. وقد تكون هذه الحاجة مما يجب ستره بحيث لو عرضت على القضاء لكان فى ذلك من التشهير والأزدراء بكرامة الزوجين الأمر الذى يتضاءل بجانبه أى اعتبار مادى. وإن كان البعض يرى أن الزوجة التى تخدش سمعة الزوجية ثم تطالب بتعويض جزاء طلاقها قد بلغت درجة من تبلد الإحساس لا تحمى من أجله بستر ما فعلته. أما إذا كانت كريمة الخلق فلن يضيرها أى أذى. إلا أنه يرد على ذلك بأن الشريعة الإسلامية تحمى الأعراض حتى ولو هانت على أصحابها وتوجب الستر على العيوب متى أمكن ذلك وتجعل إشاعتها بين الناس أمرًا محظوراً ومحرمًا. كذلك فإن الحكم بالتعويض للمطلقة فيه إرغام للزوج ولو بطريقة غير مباشرة على استمرار معيشة مشتركة لا تحقق المثل الأعلى الذى أقامه الزوج لنفسه ومثل هذا الإرغام يخرج الزواج عن الهدف الذى شرع من أجله ويجعله علاقة مفروضة على إرادة الطرفين وليست قائمة على التقدير المتبادل والمبنى على الرغبة المشتركة ومثل هذا مما تأباه كرامة الزوجة نفسها على أن فى التبعات المالية التى تترتب على الطلاق ويلزم به المطلق والتى تستفيد منها المطلقة طوال مدة العدة والمتعة يعتبر فى ذاته بمثابة تعويض للزوجة عن الضرر الذى يكون قد لحقها بسبب الطلاق فلا يكون هناك ما يدعو إلى القول بتقرير تعويض آخر فوق ما أوجبه الشارع وألزم به المطلق ولعل المشرع قد جانبه الصواب حينما نص فى القرار بقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ فى المادة رقم ١٨ على إيجاب متعة لكل مطلقة طلقها زوجها بدون رضاها ولا بسبب من جهتها تقدر بنفقة سنتين على الأقل جبراً لخاطرها ولنا عودة إلى هذا القرار بقانون.

حكم إيقاع الطلاق عندما لا تكون هناك حاجة تدعو إليه:

إذا خالف الزوج هذا القيد وطلق زوجته بدون حاجة أو سبب يدعو إلى الطلاق فإن الطلاق يقع من غير خلاف بين الفقهاء فى ذلك وإن كان المطلق يعتبر آثمًا عند من يقول أن الطلاق بدون سبب يدعو إليه لا يجوز شرعًا ولعل السر فى وقوع الطلاق مع عدم الحاجة

إليه يرجع إلى أن الحاجة التى يباح الطلاق لأجلها مسألة تقديرية وقد تكون من الأمور النفسية الخفية التى لا يشعر بها إلا صاحبها فاكتفى فيه بترتب الأثر الأخروى وهو الإثم على المخالفة.

ثانيًا: ألا يكون الطلاق أكثر من واحدة:

الطلاق المشروع هو الذى يطلق الرجل فيه زوجته طلقة واحدة لأن الطلقة الواحدة تؤدى الغرض المشروع من الطلاق فتكون الزيادة عنها زيادة لا داعى لها. أما إذا طلق الزوج زوجته أكثر من طلقة واحدة فإن طلاقه يكون بدعيًا محظوراً سواء أكان بلفظ واحد أم بألفاظ متفرقة فإذا قال الرجل لزوجته أنت طالق ثلاثًا أو اثنتين أو قال لها أنت طالق ثم طلقها مرة أخرى فى نفس الطهر قبل أن يراجعها فقد اختلف الفقهاء فى ذلك فيرى جمهور الفقهاء أن هذا الطلاق يكون بدعيًا محظوراً وقد استدلوا على ما ذهبوا إليه بالأدلة الآتية:

(أ) قوله تعالى: ﴿الطَّلاقُ مَرَّتَانِ﴾ والمعنى أن الطلاق المشروع هو الذى حصل مرة بعد مرة فإذا تعجل الزوج وطلق زوجته تطليقتين أو ثلاثًا مرة واحدة فإنه يكون بذلك مخالفًا ويكون الطلاق بدعيًا محظوراً.

(ب) ما روى أو رسول الله ﷺ أخبر عن رجل طلق زوجته ثلاث تطليقات جميعًا فقام غضبان ثم قال أيلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم حتى قام رجل فقال يا رسول الله ألا أقتله[1].

(ج) أن الزوج إذا طلق زوجته طلقة واحدة كان المجال أمامه متسعا لمراجعة زوجته إذا رغب فى مراجعتها فإذا طلقها أكثر من واحدة فإنه يضيق على نفسه بلا داعٍ ولا مبرر.

ويرى فريق آخر من الفقهاء أن الطلاق بلفظ الثلاث أو بفظ اثنتين لا يكون محظوراً وإنما يكون مباحًا ولا شيء فيه. وقد استدلوا على ذلك بما روى أن عويمر العجلانى لما لاعن زوجته أمام النبى ﷺ وقال يا رسول الله كذبت عليها إن أمسكتها فطلقها ثلاثًا ولم ينكر الرسول ﷺ ذلك عليه فيكون دليلاً على إباحته إلا أنه يرد على ذلك بأن الزوجة باللعان تحرم على زوجها فإذا طلقها بعد ذلك كان الطلاق عبثًا لا فائدة منه فلا يكون هناك

(١) مشكاة المصابيح جـ ٢ ص ٢١٢.

حاجة إلى الإنكار عليه من رسول الله، فليس فى ترك الإنكار عليه ما يدل على أن الطلاق بلفظ الثلاث مباح.

أثر مخالفة هذا القيد:

إذا خالف الزوج مشروعية الطلاق وطلق زوجته ثلاث طلقات مرة واحدة أو بألفاظ ثلاثة متفرقة فى مجلس واحد فما حكم هذا الطلاق من حيث الوقوع هل يقع أو لا يقع؟ وإذا وقع فهل يقع ثلاثًا أو واحدة؟ للفقهاء فى ذلك أقوال ثلاث:

القول الأول: وهو لجمهور الفقهاء والأئمة الأربعة ويقولون أنه يقع به ثلاث طلقات وتبين به المرأة بينونة كبرى ولا تحل لزوجها الذى طلقها حتى تنكح زوجا غيره.

القول الثاني: وهو لبعض الشيعة الإمامية وابن تيمية وابن القيم وغيرهما ويقولون أنه يقع به طلقة واحدة فقط.

القول الثالث: هو لأكثر الشيعة الإمامية أنه لا يقع به شىء أصلاً.

استدل القائلون بأن الطلاق بلفظ الثلاث يقع به ثلاث تطليقات وتبين به المرأة بينونة كبرى ولا تحل لزوجها الذى طلقها حتى تنكح زوجًا غيره بالأدلة الآتية:

١ ـ روى النسائى عن محمود بن لبيد قال: أخبر الرسول ﷺ عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعا فقام غضبان وقال: «أيلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم» حتى قام رجل وقال يا رسول الله ألا أقتله. فهذا الحديث يدل من ناحية غضب الرسول ﷺ أن الطلاق الثلاث بلفظ واحد يقع به ثلاثًا إذا لو لم يقع به شىء أو وقع به طلقة واحدة لم يكن هناك ما يدعو إلى غضبه ﷺ لأن الزوجية حينئذ لا تنتهى ففى إمكان الرجل أن يعيد مباشرة زوجته دون احتياج إلى الرجعة إن لم يقع به شىء وبالرجعة إن كان الواقع طلقة واحدة، وكما يدل من ناحية الغضب على الوقوع ثلاثًا يدل من ناحية عدم أمر الرسول ﷺ بالمراجعة على الوقوع ثلاثًا أيضًا إذ لو كان للزوج حق المراجعة فى هذه الحال لأمره الرسول بالمراجعة كما أمر عبد الله بن عمر حين طلق امرأته فى حال الحيض تطليقة واحدة.

٢ ـ روى أن عبد الله بن عمر طلق امرأته تطليقة وهى حائض ثم أراد أن يتبعها بتطليقتين أخريين عند القرأين فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فقال يا ابن عمر ما هكذا أمرك الله

إنك قد أخطأت السنة، السنة أن يستقبل الطهر فتطلق لكل قرء يعنى تطليقة. قال ابن عمر فأمرنى رسول الله ﷺ فراجعتها ثم قال إذا هى طهرت فطلق عند ذلك أو أمسك فقلت يا رسول الله أرأيت لو أنى طلقتها ثلاثًا أكان لى أن أراجعها قال: لا، كانت تبين منك وتكون معصية.

٣ ـ أخرج البيهقى فى سننه أن الحسن بن على رضى الله عنهما حينما قتل على جاءت امرأة الحسن إليه وقالت له ليهنك الإمارة فقال أتشمتين فى قتل على اذهبى فأنت طالق ثلاثا. فلما انقضت عدتها وبعث إليها بمتعتها وبقية صداقها قالت متاع قليل من حبيب مفارق. فلما بلغه قولها قال لولا أن أبى حدثنى أنه سمع جدى يقول: أيما رجل طلق امرأته ثلاثًا جميعًا أو ثلاثًا عند الأقراء لم تحل له حتى تنكح زوجًا غيره لراجعتها». فهذا الحديث يدل بصريح عبارته على أن الطلاق إذا كان بلفظ الثلاث يقع ثلاثًا.

٤ ـ نقل عن ابن عباس أن رجلا جاءه وقال له إنه طلق امرأته ثلاثًا، فسكت ابن عباس حتى ظن الرجل أنه سيردها إليه ثم قال: ينطلق أحدكم فيركب الحموقة ثم يقول يا ابن عباس يا ابن عباس وإن الله قال: ﴿وَمَن يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَل لَّهُ مَخْرَجًا﴾، وإنك لم تتق الله فلم أجد لك مخرجًا عصيت ربك وبانت منك امرأتك.

وقد نقل عن عثمان وعلىّ وابن مسعود وعمر بن الخطاب أنهم أفتوا بمثل ذلك.

أما القول الثانى: الذى يرى وقوع طلقة واحدة بالطلاق بلفظ الثلاث فيستدل بما يأتى:

١ ـ قال تعالى: ﴿الطَّلاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلاَّ أَن يَخَافَا أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلا تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُوْلَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴿٢٢٩﴾ فَإِن طَلَّقَهَا فَلا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾[1] فالله تعالى لم يفرق بين أن تكون الثلاث التى لا تحل الزوجة بعدها كل واحدة منها طلقة واحدة أو ثلاث طلقات بلفظ واحد. وعلى ذلك فالطلاق الثلاث بلفظ واحد يعتبر كالطلاق المنفرد بلفظ واحد وهذا الأخير يقع به واحدة فالأول كذلك.

(١) الآيتان ٢٢٩، ٢٣٠ من سورة البقرة.

٢ - روى عن ابن عباس أنه قال كان على عهد رسول الله وعهد أبى بكر وسنتين من خلافة عمر إذا أرسل الرجل الطلاق الثلاث بلفظ واحد وقع طلقة واحدة فلما كثر الطلاق بين الناس قال عمر إن الناس قد استعجلوا أمرًا كان لهم فيه أناة فلو أمضيناه عليهم فأمضاه عليهم.

فهذا يدل على أن الطلاق الثلاث بلفظ واحد يقع طلقة واحدة لأن هذا هو الذى كان عليه العمل فى عهد الرسول وهو الذى يجب إتباعه. ولا اعتبار لاجتهاد عمر لأن الاجتهاد لا يسوغ فى المسألة التى فيها نص قاطع، وهذه المسألة فيها نص قاطع يفيد أن الرسول كان يوقع الثلاث بلفظ واحدة طلقة واحدة وهذا النص القاطع يقيده هذا الحديث المروى عن ابن عباس.

ويمكننا أن نقول أن هذا الحديث لا اعتبار له لأن ابن عباس كان على خلافه فكان يفتى كما أسلفنا بأن الطلاق الثلاث بلفظ واحد يقع ثلاثًا، وعمل الراوى على خلاف ما روى يطعن فى صحة الحديث.

أما القول الثالث: الذى يرى عدم الوقوع فيقول بأن الطلاق الثلاث بلفظ واحد طلاق بدعى لأنه مخالف لطلاق السنة وكل ما كان كذلك ينبغى رده على صاحبه فلا يترتب عليه أثره وذلك عملا بقوله ﷺ: «من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد».

هذا وقد كان العمل فى المحاكم جاريًا على وقوع الثلاث بلفظ واحد ثلاث تطليقات إلى أن صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فجرت المحاكم على أن الطلاق الثلاث بلفظ واحد يقع طلقة واحدة فقد جاء فى المادة الثالثة منه: «الطلاق المقترن بعدد لفظًا أو إشارة لا يقع إلا واحدة».

وبمقتضى هذا القانون أصبح من يطلق زوجته طلقتين أو ثلاثًا دفعة واحدة لا يقع بهذا الطلاق إلا طلقة واحدة رجعية ومثل ذلك إذا قال الزوج لزوجته طلقتك وأشار بأصابعه الثلاث أو الاثنتين.

وحينئذ يكون للزوج الحق فى مراجعة زوجته ما دامت فى العدة رضيت أو كرهت فإذا انقضت عدتها جاز له أن يعيدها إلى عصمته بعقد جديد وإذنها ورضاها وشاهدين فى المجلس.

وهذا إذا لم يكن هذا الطلاق مسبوقًا بطلقتين فإن كان كذلك فلا تحل له الزوجة حتى تنكح زوجا غيره ويطلقها وتنقضى عدتها.

وفى تصورى أن الراجح ماذهب إليه الأئمة الأربعة وجمهور الفقهاء من أن الطلاق الثلاث بلفظ واحد يقع ثلاثًا وذلك لقوة أدلتهم وسلامتها أما أدلة القائلين بالوقوع واحدة فالآية التى استدلوا بها وهى الطلاق مرتان لا تشهد لهم لأن السنة التى روينا الكثير منها والتى تنطق بوقوع الثلاث بلفظ واحد ثلاث طلقات مقيدة للآية.

وأما الحديث الذى استدلوا به فقد أضعفنا العمل به سابقًا.

بقى الحديث الذى استدل به القائلون بأن الطلاق الثلاث بلفظ واحد لا يقع به شىء وهو: «كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد» إذ نقول فى ذلك أن الرد معناه عدم القبول والثواب ولا يلزم من عدم القبول والثواب عدم صحة العمل إذا وقع فكثير من الأشياء يكون صحيحا ولكنه غير مقبول وغير مثاب عليه كالصلاة فى الأرض المغصوبة والثوب المسروق.

وعلى هذا فتكون أدلة القائلين بالوقوع واحدة والقائلين بعدم الوقوع قد انهارت فبقيت دعوى كل من غير دليل. أما القائلون بالوقوع ثلاثًا فدعواهم يدعمها الدليل وما دعم بالدليل خير مما عرى عنه[1].

ولكن رغم ترجيحى قول جمهور الفقهاء بوقوع الطلاق الثلاث بلفظ واحد ثلاثًا إلا أنه ليس هناك ما يمنع من الأخذ بغيره كما فعل المشرع الوضعى لأن الأدلة محتملة لذلك ولأن المشرع الوضعى إنما أراد التيسير على الناس وإحسان الظن بهم كما كان عليه أسلافهم من الصدر الأول من المسلمين، ولأن ذلك هو الذى يؤدى إلى صون الرابطة الزوجية وحماية مصلحة الأسرة ولكن أحذر أن يستخف الناس وتجرى ألسنتهم به كثيراً خروجًا من خلاف من يوقعه وهم جمهور الفقهاء[2]؟

(١) الأحكام الشرعية للدكتور زكى الدين شعبان ص ٣٨٦ وما بعدها. الأحوال الشخصية للدكتور زكريا البرديسى ص ٣٦٥ وما بعدها. الشريعة الإسلامية الدكتور عبد الرحمن تاج ص ١٦٤ . وما بعدها.

(٢) أحكام الأسرة فى الفقة الإسلامى للدكتور محمد محمد إسماعيل فرحات ص ٣٨٤.

ثالثًا: أن يكون الطلاق فى حالة الطهر الذى لم يخالط فيه الزوج زوجته:

هذا القيد محل اتفاق الفقهاء فإذا أوقع الزوج الطلاق على زوجته فى حال الحيض كان الطلاق محظوراً، ويسميه الفقهاء طلاقًا بدعيًا، لمخالفته للمشروع فى الطلاق، فقد روى أن عبد الله بن عمر طلق امرأته وهى حائض فذكر عمر ذلك لرسول الله ﷺ فتغيظ فيه رسول الله ثم قال: مر عبد الله فليراجعها ثم يمسكها حتى تطهر ثم تحيض فتطهر فإن بدا له أن يطلقها فليطلقها قبل أن يمسها فتلك العدة التى أمر الله أن يطلق لها النساء»[1].

فإن هذا الحديث يدل على أن الطلاق فى الحيض ليس مشروعا بدليل غضب النبى ﷺ من ايقاع الطلاق فيه.

والحكمة فى هذا أن حالة الحيض منفرة بطبيعتها تنفيرًا وقتيًا يزول بزوالها وربما كان لهذا النفور الوقتى دخل فى الطلاق فلا يدل إيقاع الطلاق حينئذ على وجود الحاجة الحقيقية الداعية إلى الطلاق وأيضًا فإن الطلاق فى أثناء الحيض يترتب عليه ضرر بالمرأة بتطويل العدة عليها، إذ أن الحيضة التى وقع فيها الطلاق لا تحتسب من العدة.

وكذلك لو أوقع الرجل الطلاق فى حال الطهر الذى خالط الزوجة فيه، فإن الطلاق يكون بدعيا محظوراً لقول النبى ﷺ فى حديث بن عمر المتقدم، «فإن بدا له أن يطلقها فليطلقها قبل أن يمسها» فإنه يدل على أن الطلاق فى حال الطهر الذى خالط فيه الزوج زوجته منهى عنه، والمنهى عنه لا يكون مباحًا، ولأن الطلاق بعد الاتصال بالزوجة يكون طلاقا بعد فتور الرغبة فيها فلا يدل إيقاعه على تحقق الحاجة إلى الطلاق فلا يكون مباحًا بل محظوراً أضف إلى ذلك ما يترتب على هذا الطلاق من تعريض الزوج فى الحيرة فى أمر عدتها فإنها لا تدرى أحملت فتعتد بوضع الحمل أو لم تحمل فتعتد بالأقراء؟

ويتبين من هذا القيد أنه لا يتحقق إلا إذا كانت المرأة قد دخل بها الزوج وكانت من ذوات الحيض، أما التى لم يدخل بها الزوج فإن طلاقها لا يكون محظوراً سواء كان فى حال الحيض أو الطهر، لعدم وجوب العدة فى حقها فلا يحصل الاشتباه الذى هو من أسباب حظر الطلاق، وكذلك الزوجة التى دخل بها الزوج وكانت حاملاً أو لا تأتيها العادة

(١) نيل الأوطار جـ ٦ ص ٨٨.

الشهرية لأنه لا يترتب على طلاقها ولو عقيب الوقاع اشتباه فى نوع العدة أو تطويل فى مدتها، لأن عدة الحامل تنتهى بوضع الحمل، وعدة من لا تأتيها العادة الشهرية تنتهى بمضى ثلاثة أشهر من تاريخ الطلاق.

أثر مخالفة هذا القيد:

وإذا أوقع الزوج الطلاق، وخالف فى إيقاعه هذا القيد بأن طلق زوجته فى حال الحيض أو فى حال الطهر الذى خالطها فيه فلا خلاف بين الفقهاء فى أنه يعد آثما لمخالفته ما أمر الشارع به فى إيقاع الطلاق وإنما الخلاف بينهم فى وقوع هذا الطلاق، فقال الأئمة الأربعة وجمهور الفقهاء، أن الطلاق يقع، وقال جمهور الشيعة الإمامية وابن حزم الظاهرى: أن الطلاق لا يقع، وارتضى هذا القول ودافع عنه ابن تيمية وتلميذه ابن القيم.

وحجة الأئمة الأربعة ومن وافقهم فى ذلك ما روى أن عبد الله ابن عمر طلق امرأته، وهى حائض فسأل عمر عن ذلك رسول الله ﷺ فأمره النبى ﷺ أن يأمر ابنه عبد الله بمراجعتها والمراجعة لا تكون إلا بعد وقوع الطلاق، ويؤيد هذا أن عبد الله بن عمر سئل عما إذا كانت تلك الطلقة التى طلقها فى حال الحيض قد احتسبت فقيل له: أفيعتد بها؟ فقال: أرأيت إن عجز، واستحمق؟ يعنى أن عجزه وحمقه لا يكون عذراً له فى عدم الاعتداد بطلاقه إذا ما حالا دون الطلاق المشروع.

وكذلك يؤيده ما جاء فى بعض الروايات: «وكان عبد الله طلق تطليقة فحسبت من طلاقها وراجعها كما أمر رسول الله ﷺ».

وما رواه الدارقطنى: «أن عمر قال يا رسول الله أفتحتسب بتلك التطليقة؟ قال: نعم». وجاء فى نيل الأوطار أن ابن حزم أورد على قوله: «فحسبت من طلاقها» أن ابن عمر لم يصرح بمن حسبها عليه، ولا حجة فى عمل أحد دون رسول الله ﷺ، وقد أجاب الحافظ بن حجر عن ذلك: بأن النبى ﷺ هو الآمر بالمراجعة، وهو المرشد لابن عمر فيما يفعل إذا أراد طلاقها بعد ذلك، فإذا أخبر ابن عمر أن الذى وقع منه حسب عليه بتطليقة كان احتمال أن يكون الذى حسبها عليه غير النبى ﷺ بعيداً جداً مع احتفاظ القرائن فى هذه القصة بذلك، وكيف يتخيل أن ابن عمر يفعل فى القصة شيئا برأيه وهو ينقل أن النبى ﷺ تغيظ من صنعه، حيث لم يشاوره فيما يفعل فى القصة المذكورة[1].

(١) نيل الأوطار جـ ٦ ص ٥٧.

وهذا يدل دلالة واضحة على أن الطلاق فى حال الحيض يقع، ومثله فى ذلك الطلاق فى حال الطهر الذى خالط الزوج فيه زوجته.

أما المخالفون للجمهور فاستدلوا على رأيهم بما يأتى:

أولاً: ما جاء فى بعض روايات حديث عبد الله بن عمر المتقدم: «أن عبد الله بن عمر طلق امرأته، وهى حائض، فأتى رسول الله ﷺ فأخبره بذلك، قال عبد الله: «فردها علىّ رسول الله ﷺ ولم يرها شيئًا»، وهو صريح فى عدم وقوع الطلاق فى حال الحيض.

ولكن يرد على ذلك: بأن هذه الرواية التى استند إليها المخالفون جاءت من طريق أبى الزبير وهى مخالفة لرواية سائر الحفاظ كما قال الإمام أحمد. ويقول ابن عبد البر قوله: «ولم يرها شيئًا» منكرًا لم يقله غير أبى الزبير، وليس بحجة فيما خالفه فيه مثله فكيف إذا خالفه من هو أوثق منه. على أن قوله: «ولم يرها شيئًا» يحتمل أن يكون معناه: أن الرسول ﷺ لم يرَ هذه الطلقة مانعة من الرجعة أو لم يرها شيئًا جائزًا فى السنة[1]، وعلى هذا لا تصلح هذه الرواية أن تكون حجة على ما ذهبوا إليه.

ثانيًا: ما روى أن رسول الله ﷺ قال: «كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد» قالوا، هذا حديث لا شك فى صحته كما أنه لا شك فى أن الطلاق فى حال الحيض ليس موافقًا للشرع فيكون مردودًا على صاحبه، ولا يترتب عليه المردود أثر.

ويجاب عن هذا: بأن المخالفة التى تستوجب رد العمل وعدم الاعتداد به هى المخالفة التى يترتب عليها تخلف ركن من أركان العمل أو شرط من شروطه، والمخالفة التى تترتب على إيقاع الطلاق فى الحيض أو الطهر الذى خالط الزوج فيه زوجته لا يترتب عليها شىء من ذلك فلا تستوجب عدم اعتبار الطلاق، ولا تستدعى رده وعدم وقوعه.

ثالثًا: أن الطلاق فى حال الحيض أو الطهر الذى خالط الزوج زوجته فيه نهى الشارع عنه ولم يأذن فيه فلا يكون مملوكًا للزوج فإذا أوقعه كان متصرفا فيما لا يملك فلا يصح ولا يقع كالوكيل بالطلاق إذا خالف أمر الموكل فإن طلاقه لا يقع بل أن عدم الوقوع هنا أولى من عدم الوقوع فى مسألة الوكيل لأن مخالفة إذن الخالق أشد من مخالفة إذن المخلوق.

---

(١) المرجع المتقدم، وسبل السلام شرح بلوغ المرام جـ ٣ ص ٢٦٥.

ولكن يرد على ذلك: بأن النهى عن الطلاق فى الحيض لا يستلزم عدم الاعتداد به اذا وجد، لأن هذا النهى ليس راجعًا إلى نفس الطلاق ولا إلى صفة من صفاته وإنما هو راجع إلى شىء آخر وهو عدم وجود الحاجة إلى هذا الطلاق أو ما يترتب عليه من ايذاء الزوجة بإطالة العدة عليها، والنهى إذا كان راجعًا إلى أمر خارج عن المنهى عنه لا يدل على فساده إذا وقع، وذلك كالبيع وقت الأذان لصلاة الجمعة فإن الشارع نهى عنه لما يترتب عليه من الاشتغال عن الصلاة لكن لو وقع كان صحيحًا وتترتب عليه آثاره.

أما القياس على الوكيل بالطلاق فإنه قياس مع الفارق إذ الوكيل فى الطلاق سفير ومعبر عن الموكل، والسفير لا يملك غير ما فوض إليه، فإن أوقع الطلاق كما أذنه الموكل وقع، وإن خالف إذن الموكل لا يقع، أما الزوج فإنه لا يوقع الطلاق نيابة عن غيره ولا عن المولى عز وجل وإنما يوقعه لنفسه، فمتى كان أهلاً لإيقاع الطلاق وكان المحل قابلاً لوقوعه وقع الطلاق وكان معتدا به.

ومما تقدم يتبين ضعف رأى هؤلاء العلماء ورجحان ما ذهب إليه الجمهور وهو ما يجرى عليه العمل فى المحاكم إلى الآن[1].

* * *

---

(١) الأحكام الشرعية للدكتور زكى الدين شعبان ص ٣٧٩، وما بعدها، الأحوال الشخصية للدكتور زكريا البرديسى ص ٣٦٢ وما بعدها.

الفصل الرابع
أقسام الطلاق باعتبار أثره

ينقسم الطلاق باعتبار أثره إلى قسمين: طلاق رجعى، وطلاق بائن. أما الطلاق الرجعى فهو الذى يملك الزوج بعده إعادة المطلقة إلى الزوجية من غير حاجة إلى عقد جديد ما دامت فى العدة، رضيت أو لم ترضَ. وأما البائن فنوعان بائن بينونة صغرى، وبائن بينونة كبرى، فالبائن بينونة صغرى هو الذى لا يستطيع الزوج بعده إعادة المطلقة إلى الزوجية إلا بعقد ومهر جديدين وبرضاها.

والبائن بينونة كبرى هو الذى لا يستطيع الزوج بعده إعادة المطلقة إلى الزوجية إلا بعد أن تتزوج برجل آخر زواجًا صحيحًا ويدخل بها دخولاً حقيقياً، ثم يفارقها أو يموت عنها وتنقضى عدتها.

القسم الأول: الطلاق الرجعى:

يتنوع الطلاق الرجعى إلى نوعين:

النوع الأول: ما لا يفتقر إلى النية فى وقوعه وهو الذى يكون بلفظ لا يستعمل إلا فى الطلاق كأنت طالق أو مطلقة أو طلقتك أو أنت الطلاق، وهذا بشرط ألا يوصف الطلاق بالشدة كأنت طالق أشد الطلاق أو بالعظم كأنت طالق طلقة كالجبل فإن وصف بأحد هذين الوصفين كان الطلاق بائنًا لا رجعيًا رغم أن اللفظ لا يستعمل إلا فى الطلاق.

النوع الثانى: ما يفتقر إلى النية فى وقوعه وهو الذى يكون بلفظ اعتدى أو استبرئى رحمك أو أنت واحدة. فهذه الألفاظ الثلاثة وإن كانت من ألفاظ الكنايات إلا أن الطلاق إذا نواه المطلق بها يكون رجعيًا.

فللزوج فى هذين النوعين الحق فى إرجاع زوجته إلى عصمته ما دامت فى العدة رضيت أم كرهت وذلك عملا بقوله تعالى: ﴿الطَّلاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ والإمساك هو الرجعة وعملاً بقوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ فهذه الآية تدل على أن الطلاق الرجعى لا يرفع الزوجية ولا يبطلها فإن الله تعالى سمى الزوج بعد الطلاق بعلاً.

القسم الثانى البائن:

وهو الذى يكون بلفظ يستعمل فى الطلاق وغيره كأنت خالصة وتخمرى واستترى[١] إذا نوى الزوج الطلاق[٢] أو بلفظ لا يستعمل إلا فى الطلاق ولكنه وصف بالشدة أو بالعظم أو بلفظ لا يستعمل إلا فى الطلاق ولكن الزوج تلفظ به على صيغة المصدر ونوى به الثلاث أو بلفظ لا يستعمل إلا فى الطلاق ولكن الزوج تلفظ به قبل الدخول. أو بلفظ لا يستعمل إلا فى الطلاق ولكن الزوج تلفظ به فى مقابلة عوض من جهة المرأة. أو بلفظ لا يستعمل إلا فى الطلاق ولكنه كان مكملاً للثلاث أو كانت صيغته مقرونة بعدد الثلاث لفظًا أو إشارة.

فهذه الألفاظ الصريحة التى سبقت الإشارة إليها لا يتوقف وقوع الطلاق فيها على النية ما عدا صيغة المصدر فإن البينونة فيها متوقفة على النية.

وبناء على ذلك فالطلاق البائن كالطلاق الرجعى من حيث افتقاره إلى النية وعدم افتقاره يتنوع إلى نوعين:

١ ـ ما يفتقر إلى النية وهو الذى يكون بلفظ من ألفاظ الكنايات أو يكون بلفظ صريح جاء على صيغة المصدر ونوى به الزوج الثلاث.

٢ ـ ما لا يفتقر إلى النية وينجلى ذلك فيما يأتى:

(أ) الطلاق بلفظ صريح قبل الدخول.

(ب) الطلاق بلفظ صريح بعد الخلوة الصحيحة.

(ج) الطلاق بلفظ صريح إذا كان مقرونًا أو موصوفًا بالشدة أو القوة أو بما يفيد البينونة كأنت طالق طلقة شديدة أو قوية أو أنت طالق طلقة بائنة.

(د) الطلاق بلفظ صريح ولكنه فى مقابله عوض من جهة المرأة.

(هـ) الطلاق بلفظ صريح إذا كان مكملاً للثلاث.

(و) الطلاق بلفظ صريح إذا كان مقرونًا بعدد الثلاث لفظًا أو إشارة.

وهذا الطلاق البائن يتنوع أيضًا إلى نوعين:

---

(١) ويستثنى من ذلك ألفاظ ثلاثة وهى اعتدّى واستبرئى رحمك وأنت واحدة.

(٢) ويستثنى من ذلك حالة مذاكرة الطلاق حيث يقع الطلاق بدون نية قضاء لا ديانة.

النوع الأول: البائن بينونة صغرى وهو الذى يتمكن الزوج بعده من إعادة زوجته إلى عصمته بعقد وصداق جديدين وإذنها ورضاها وشاهدين فى المجلس.

النوع الثانى: البائن بينونة كبرى وهو الذى لا يتمكن الزوج بعده من إعادة زوجته إليه إلا بعد أن تنقضى عدتها منه ويتزوجها آخر ويطلقها أو يموت عنها بعد أن يدخل بها دخولا حقيقيا وتنتهى عدتها وهذا ما ذهب إليه الحنفية.

وذهب الشافعية إلى أن كل طلاق يقع رجعيًا إلا إذا كان قبل الدخول أو كان على مال أو كان مكملاً للثلاث أو مقترنًا بعدد الثلاث.

ما يجرى عليه العمل فى محاكم مصر الآن من حيث أقسام الطلاق باعتبار أثره:

أما ما يجرب عليه العمل فى محاكم مصر الآن فهو كل طلاق يقع رجعيًا إلا ما يأتى فيكون بائنًا.

١ ـ الطلاق قبل الدخول.

٢ ـ إذا كان الطلاق فى مقابلة عوض من جهة المرأة كأن تفتدى المرأة نفسها بمال فى مقابل خلاصها من زوجها يرشد إلى ذلك قوله تعالى: ﴿**فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ**﴾[1].

٣ ـ إذا كان الطلاق مكملاً للثلاث سواء كان بلفظ من ألفاظ الطلاق الصريح أو بكناية من كناياته إذا نوى بها الطلاق.

٤ ـ الطلاق للعيب.

٥ ـ الطلاق للحبس.

٦ ـ الطلاق لضرر الغيبة.

٧ ـ الطلاق لضرر بسبب الأذى بالقول أو بالفعل بما لا يليق بأمثالهما.

٨ ـ الطلاق بسبب الشقاق بين الزوجين.

وهذا كله تجده واضحًا فى المادة الخامسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فقد جاء فيها:

---

(١) البقرة: ٢٢٩.

«كل طلاق يقع رجعيًا إلا المكمل للثلاث، والطلاق قبل الدخول، والطلاق على مال وما نص على كونه بائنًا فى هذا القانون والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠. والذى نصً على كونه بائنًا فى هذا القانون هو التطليق بسبب الشقاق بين الزوجين والتطليق بسبب غيبة الزوج والتطليق بسبب حبس الزوج. والذى نص على كونه بائنًا فى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ التفريق بسبب العيب.

وهذه المادة كما تنص على ذلك المذكرة الإيضاحية مأخوذة من مذهب الشافعى ومالك، فالأصل عندهما أن كل طلاق يقع رجعيًا إلا ما استثنى، ولم يستثن إلا الطلاق قبل الدخول والطلاق على مال والطلاق المكمل للثلاث.

وقد أشارت المذكرة التفسيرية إلى أن الطلاق بسبب اللعان أو العيوب التناسلية وهى العنة والجب والخصاء أو إباء الزوج الإسلام عند إسلام زوجته يبقى الحكم فيه على مذهب أبى حنيفة، وهى تعتبر طلاقًا بائنًا فى المذهب.

حكم الطلاق الرجعى:

ذهب الحنفية والشيعة والحنابلة فى الراجح عندهم إلى أن الطلاق الرجعى لا يزيل الملك أى لا يزيل أى حق من حقوق الزوجية الثابتة لكل واحد من الزوجين على صاحبه ولا يزيل الحِل فله أن يتزوج مطلقته متى شاء ما دامت فى العدة.

فيحل للزوج عند الحنفية ومن وافقهم الاستمتاع بالزوجة من وقاع ودواعيه ويكون بذلك مراجعا لقوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾[1] فالله تعالى سمى المطلق بعلاً والبعل فى اللغة الزوج مأخوذ من المباعلة وهى الوقاع وهذا لا يكون لغير الزوج وإذن يكون له كل الحقوق التى ترتبت على الزواج ومن تلك الحقوق الوقاع ودواعيه.

أما المالكية والشافعية وكذلك الحنابلة فى غير الراجح عندهم فقد ذهبوا إلى أنه يحرم على المطلق أن يستمتع بالمطلقة رجعيًا بوقاع ودواعيه فى أثناء العدة قبل أن يراجعها بالقول أو الإشارة إن كان أخرس.

ويستدل هؤلاء على ما ذهبوا إليه من حرمة الوقاع ودواعيه بأن الطلاق واقع فى الحال فلابد أن يكون له أثر منجز وهو زوال حل الوقاع مع زوال الملك فى حق هذا الحل.

---

(١) البقرة: ٢٢٨.

والراجح ما ذهب إليه الحنفية ومن وافقهم ويؤيد ذلك قوله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ والإمساك ظاهر المعنى فى أنه استدامة للملك السابق والملك السابق هو الملك المطلق الذى يثبت بالزواج الذى كان قبل هذا الطلاق، ويشهد لذلك أنه يملك كل التصرفات التى تترتب على الملك المطلق للزوجية كالظهار والإيلاء واللعان والمخالعة بمال.

وأما قول الشافعية أن الطلاق واقع فى الحال فلابد له من أثر منجز فلا نوافقهم على تنجيز أثره، فكثيراً من التصرفات يقع فى الحال ويتأخر أثره كالبيع بخيار الشرط فأثر هذا البيع لا يتحقق إلا بعد انتهاء مدة الخيار. فأثر هذا الطلاق بعد إيقاعه لا يتحقق إلا بعد انقضاء العدة، ومع هذا فإن له أثرا منجزاً وهو نقصان عدد الطلقات ونقصان حل المحل فبعد أن كانت الزوجة حلالاً له مدة انتهاء الطلقات الثلاث أصبحت حلالاً له مدة طلقتين فقط.

أما بالنسبة لإعادتها إلى الزوجية فقد اتفقت كلمة الفقهاء على أن الزوج له أن يعيد مطلقته رجعيًا إلى عصمته بدون مهر وبدون عقد جديد وبدون رضاها ما دامت فى العدة. فإذا انقضت عدتها فلا يجوز له إعادتها إلى عصمته إلا بعقد وصداق جديدين وبرضاها، وإذا لم تنقضِ العدة ومات أحد الزوجين ورثه الآخر باتفاق الفقهاء.

ولا يحل مؤجل الصداق إلا بعد انتهاء العدة لأن هذا الطلاق لا ينهى الزواج بمجرد صدوره بل ينهيه بعد انقضاء العدة من غير مراجعة فلا يحل المؤخر إلا بانتهاء العدة من غير مراجعة.

ولا يحل للرجل أن يتزوج عليها وهى فى هذه العدة محرمًا منها فلا يتزوج بأختها ولا بعمتها. وكذا كل من لا يجوز الجمع بينه وبين هذه المطلقة فى عصمة واحدة وما ذلك إلا لبقاء الزوجية.

الرجعة:

إن الحنفية ومن وافقهم الذين يقولون إن الطلاق الرجعى لا يزيل الملك يعرفون الرجعة بأنها استدامة الملك القائم ومنعه من الزوال فى أثناء العدة بالقول أو الفعل. أما الذين يقولون ان الطلاق الرجعى يزيل الملك من وجه من حيث حرمة الوقاع ودواعيه وهم الشافعية ومن وافقهم يعرفون الرجعة بأنها رد المرأة إلى النكاح من طلاق غير بائن على

وجه مخصوص. وتعريف الحنفية أدق من تعريف غيرهم لأنه يدل على بقاء الزواج بعد الطلاق الرجعى ما دامت العدة قائمة فتبقى بعد الطلاق أحكام الزواج وأن الرجعة استدامة للنكاح وليست إنشاء لعقد جديد ولا إعادة للزواج السابق بعد زواله.

مشروعية الرجعة:

ويدل على مشروعية الرجعة الكتاب والسنة.

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾[1] دلت هذه الآية على أن الرجل إذا طلق امرأته وبلغت أجلها بمعنى قاربت انتهاء العدة له أن يمسكها أى يراجعها وله أن يتركها حتى تنقضى عدتها فيكون ذلك تسريحا منه لها بمعروف.

وأما السنة: فما روى من أنه عليه السلام قد أمره الله بمراجعة حفصة لما طلقها.

كيفية الرجعة:

اتفقت كلمة الفقهاء على أن الرجعة تكون بالقول الصريح الذى لا يحتمل غير المراجعة كراجعت زوجتى أو أمسكتها أو رددتها وهذا تحصل به الرجعة من غير حاجة إلى النية. واختلفوا فى الكناية التى تحتمل الرجعة وتحتمل غيرها كقوله لها: أنت امرأتى، أو أنت عندى الآن كما كنت، أو لا أتركك فذهب الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة فى رواية والشيعة فى رأى لهم أنه تصح الرجعة بالكناية إذا نواها الزوج قياسًا على كنايات الطلاق. وذهب الظاهرية والحنابلة فى رواية أخرى والشيعة فى رأى آخر أنه لا تصح الرجعة إلا باللفظ الصريح ولا تصح بالكناية ولو نواها. كذلك اختلف الفقهاء فى المراجعة بالفعل كالمعاشرة الجنسية ودواعيها فذهب الحنفية إلى أن لو عاشرها معاشرة الأزواج أو فعل معها ما هو من دواعيها اعتبر ذلك رجعة بالفعل سواء كان ذلك من الرجل أو من المرأة بعلم الزوج ولم يمنعها وكذلك لو كانت اختلاسًا على الوجه الراجح.

وذهب الشافعية إلى أن الرجعة لا تكون بالفعل مطلقًا سواء أكان من الزوج أو الزوجة، لأن حقوق الزوجية قد زالت بالطلاق ولا تعود إلا بالرجعة إذ الرجعة عنده إعادة للزواج

---

(١) الآية ٢٣١ من سورة البقرة.

الذى أزاله الطلاق فإذا عاشرها جنسيًا أو فعل دواعى المعاشرة الجنسية قبل مراجعتها بالقول فقد ارتكب أمرًا محرمًا عليه والأمر المحرم لا يوجد حلالاً ولا يعيد ملكًا. ومذهب الحنفية هو الراجح وهو المعمول به وعلى ذلك تصح الرجعة بالقول أو بالفعل.

حكمة تشريع الرجعة ومن له الحق فيها:

شرعت الرجعة ليتمكن الزوج بواسطتها من إبقاء الحياة الزوجية واستدامتها وهى حق للزوج وحده أثبته له الشارع ما دامت المطلقة فى العدة سواء رضيت بذلك أم لم ترضَ لأن الزوج إذا صدر منه الطلاق ولم يكن بائنًا ثم وجد أن الطلاق ليس خيراً وأن المصلحة فى عودة الحياة الزوجية راجع المطلقة قبل انتهاء عدتها وإذا وجد أن الخير فى الطلاق وليس من المصلحة عودة الحياة الزوجية تركها بدون مراجعة حتى تنتهى عدتها وبذلك تبين منه وتملك أمرها ولا يكون له سلطان عليها. على أن حق الزوج فى مراجعة زوجته لا يقبل الإسقاط ولا يصح التنازل عنه فلو قال الزوج بعد أن طلق زوجته رجعيًا لا رجعة لى عليك أو أسقطت حقى فى الرجعة فإن حقه فيها لا يسقط لأن اسقاطه يعتبر تغييراً لما شرعه الله ولا يملك أحد أن يغير ما شرعه الله.

شروط صحة الرجعة:

يشترط لكى تكون الرجعة صحيحة الشروط الآتية:

١ ـ أن يكون الطلاق رجعيًا فإن كان الطلاق بائنا لا تصح الرجعة بعده لأنه يزيل الملك فى الحال.

٢ ـ أن تكون الرجعة فى أثناء العدة وقبل انقضائها لأن العدة إذا انتهت أصبح الطلاق بائنا وهو لا تصح الرجعة فيه إلا بعقدَ ومهر جديدين.

٣ ـ أن تكون الرجعة منجزة لأنها استدامة للزواج، والزواج يشترط فيه التنجيز، فإذا كانت الرجعة مضافة إلى زمن مستقبل أو معلقة على حصول أمر فى المستقبل كانت باطلة.

٤ ـ الإشهاد على الرجعة وهذا الشرط محل خلاف بين الفقهاء فيرى جمهور الفقهاء أن الرجعة تصح ولو لم يشهد الزوج عليها أحدًا إلا أنه من المستحب أن يشهد عليها خوفًا من إنكار الزوجة لها بعد انقضاء عدتها فلا يتمكن الزوج من إثباتها، ولأن فى الإشهاد عليها

ابتعاداً عن الوقوف مواقف التهم لأن الناس إذا علموا بطلاق الزوج لزوجته ثم راجعها ولم يشهد على الرجعة اتهموه بمعاشرتها بدون زواج.

ويرى بعض الفقهاء أن الشهادة على الرجعة شرط لصحتها فلو راجع الزوج زوجته ولم يشهد عليها فإن الرجعة تكون غير صحيحة. والراجح ما ذهب إليه الجمهور وهو المعمول به الآن.

شروط الزوج المراجع:

يشترط فى الزوج إذا كانت الرجعة بالقول أن يكون أهلاً للزواج فيشترط أن يكون بالغًا عاقلا فلا تصح الرجعة بالقول من المجنون والمعتوه والصبى والنائم والمغمى عليه. أما الهازل فتصح رجعته لزوجته المطلقة طلاقًا رجعيًا.

وتصح الرجعة بالفعل عند من يقولون بها دون شروط فى الزوج فتصح بالفعل من الصبى والمجنون والمعتوه وغيره.

اختلاف الزوجين فى الرجعة:

إذا طلق الزوج زوجته طلاقًا رجعيًا ثم ادعى أنه راجعها فى أثناء العدة وأنكرت الزوجة ذلك فإن كان الخلاف بين الزوجين فى حصول الرجعة ذاتها كأن يدعى الزوج أنه راجع زوجته فى وقت معين وأنكرت الزوجة ذلك وقالت أنه لم يراجعها فإن كان هذا النزاع فى أثناء قيام العدة فالقول قول الزوج لأنه أخبر عن شىء يملك إنشاءه فى الحال لأنه يملك أن يراجعها مادامت العدة باقية فلا يفيد تكذيبها شيئًا جديداً. وإن كان النزاع بعد انقضاء العدة فعلى الزوج أن يثبت ما ادعاه بالبينة فإذا أثبت حصول الرجعة بالبينة حكم له بها وتثبت الزوجية بينهما حتى لو كانت المطلقة قد تزوجت بآخر بعد انقضاء عدتها لاعتقادها أن مطلقها لم يراجعها فى العدة فإن زواجها الثانى ينفسخ ويفرق بينها وبين الزوج الثانى سواء دخل بها أم لم يدخل وتعود للأول. وإن عجز الزوج عن الإثبات كان القول فى ذلك للزوجة مع يمينها طبقًا للرأى الذى يجرى عليه العمل بمحاكمنا.

أما إذا كان الاختلاف بينهما فى صحة الرجعة بأن ادعى الزوج أنه راجعها فقالت الزوجة أن الرجعة باطلة لأن العدة قد انتهت وادعى الزوج أن العدة لم تنته فإن كانت المدة

التى مضت على الطلاق تحتمل انتهاء العدة فالقول قولها مع يمينها لأنها تصدق فى الإخبار عن أمر لا يعلم إلا من جهتها والعدة لا تعلم إلا من جهتها. وإن امتنعت عن اليمين حكم له بدعواه وثبتت الرجعة لأن نكولها عن اليمين إقرار بدعواه على الراجح وهو ما يجرى عليه العمل.

وإن كانت المدة التى مضت لا تكفى لانتهاء العدة بأن كانت أقل من المدة التى جعلت أقل مدة تنتهى فيها العدة شرعًا فلا يعتد بقولها ويحكم بصحة الرجعة لأن القرينة الشرعية تكذبها فيما ادعته. وأقل مدة يمكن أن تنقضى فيها العدة بالحيض ستون يومًا طبقًا للرأى الراجح لأن العدة مقدرة شرعًا بثلاث حيضات ومدة كل حيضة عشرة أيام وهو الحد الأقصى لمدة الحيض احتياطا والحيضات الثلاث يتخللها طهران وأقل مدة للطهر الفاصل بين الحيضتين خمسة عشر يومًا فيكون مجموع ذلك ستون يومًا فلا تصدق المرأة فى انقضاء عدتها فى أقل من ذلك.

صفة الرجعة الشرعية:

ذهب مالك وأحمد فى رواية وبعض الحنفية إلى أن الرجعة تكون واجبة إذا كان الطلاق فى الحيض وذلك عملاً بما حدث من الرسول حيث أمر ابن عمر بمراجعة زوجته التى طلقها فى الحيض والأمر يقتضى الوجوب إلا بقرينة ولا قرينة تصرفه من الوجوب إلى غيره.

وذهب جمهور الفقهاء إلى أن الرجعة فى هذه الحالة مستحبة، وقالوا إن أمر الرسول لابن عمر بالمراجعة مصروف إلى الإرشاد وذلك لأن المعصية وقعت والواقع لا يرتفع فالرجعة لا ترفعها وما دامت كذلك لا تكون وسيلة إلى الواجب حتى تكون واجبة.

والرجعة مستحبة فى كل طلاق رجعى مهما كان عند جمهور الفقهاء.

حكم الطلاق البائن بينونة صغرى:

الطلاق البائن بينونة صغرى له أحكام وآثار تتمثل فى الأمور الآية:

١ - يزيل الملك فى الحال دون الحل والمراد بالحل حل التزوج بالمطلقة مرة أخرى قبل أن تتزوج من آخر لكن بعقد ومهر جديدين. والمراد بإزالة الملك فى الحال أنه لا يجوز للمطلق فى هذه الحالة أن يستمتع بامرأته المطلقة بأى نوع من أنواع الاستمتاع. ولايبقى للزوجة بعده من أثر سوى العدة وما تعلق بها.

٢ ـ تعتد فى منزل زوجها الذى طلقت فيه عملاً بقوله تعالى: ﴿لاَ تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ﴾(١).

٣ ـ وجوب النفقة للزوجة من مطعم ولبس ومسكن ما دامت فى العدة سواء كانت حاملاً أو غير حامل عند الحنفية.

وذهب الشافعية والمالكية والحنابلة والشيعة إلى أنه لا نفقة لها إلا إذا كانت حاملاً عملاً بقوله تعالى: ﴿وَإِن كُنَّ أُوْلاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾(٢) والأول هو المختار فقها وقضاء.

٤ ـ حلول مؤجل الصداق إذا كان مؤجلاً وذلك إذا كان الطلاق بعد الدخول أما إذا كان قبل الدخول فلا يحل إلا نصف المهر فإذا كان المعجل لا يكمل النصف حل من المؤجل ما يكمله، وإذا كان الزوج عجل للزوجة أكثر من النصف استرد ما زاد على النصف وذلك عملا بقوله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلاَّ أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ﴾(٣).

٥ ـ يمنع التوارث بين الزوجين ولو مات أحدهما فى العدة إلا إذا كان الزوج طلق امرأته طلاقًا بائنًا فى مرض موته بدون طلب الزوجة فرارًا من إرثها ففى هذه الحالة ترث ان كانت فى العدة على الرأى المختار والمعمول به قضاء.

٦ ـ نقصان عدد الطلقات الثلاث التى يملكها الزوج.

حكم الطلاق البائن بينونة كبرى:

والطلاق البائن بينونة كبرى وهو الطلاق المكمل للثلاث يترتب عليه غالبًا ما يترتب على البائن بينونة صغرى من حيث الاعتداد فى منزل الزوجية ووجوب نفقة العدة وحلول مؤجل الصداق ومنع التوارث.

ولا يفترق عن البائن بينونة صغرى إلا فى أنه يزيل الملك والحِل فيحرم على الزوج

(١) سورة الطلاق آية ١.

(٢) سورة الطلاق آية ٦.

(٣) سورة البقرة آية ٢٣٧.

الاستمتاع بمطلقته فى هذه الحالة ولا حل له إلا بعد أن تنقضى عدتها منه ويتزوجها آخر ويدخل بها دخولاً حقيقيًا ويطلقها أو يموت عنها وتنقضى عدتها منه.

فيشترط لكى تحل للأول فى حال البينونة الكبرى:

١ ـ أن يكون زواج الثانى زواجًا صحيحًا، فإذا كان زواج الثانى زواجًا فاسدًا وحصل فيه دخول حقيقى لا تحل للأول وذلك عملا بقوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ والزواج الفاسد لا يسمى نكاحًا والرجل فيه لا يسمى زوجًا.

٢ ـ أن يدخل الزوج الثانى دخولاً حقيقيًا بعد العقد الصحيح عملاً بقوله ﷺ: «حتى تذوقى عسيلته ويذوق عسيلتك».

٣ ـ أن يكون الزواج الثانى بعد الانتهاء من عدة الزواج الأول.

مسألة الهدم:

إذا عاود الزوج زوجته بعد أن طلقها ثلاثا وتزوجها آخر زاوجًا صحيحًا ودخل بها وطلقها وانتهت عدتها عادت إليه بحل كامل فيملك عليها ثلاث تطليقات من جديد وهذا متفق عليه. فإذا عاودها بعد أن طلقها واحدة أو اثنتين وتزوجها آخر زواجًا صحيحًا ودخل بها ثم طلقها وانتهت عدتها عادت إليه بحل كامل فيملك عليها ثلاث تطليقات عند أبى حنيفة وأبى يوسف لأن الزوج الثانى إذا كان يهدم الثلاث فيهدم ما دونها من باب أولى، وهو المختار والمعمول به قضاء.

وذهب محمد وزفر إلى أنها تعود إليه بما بقى من الحل السابق فإن كان الزوج الأول طلقها واحدة عادت إليه بطلقتين وإن طلقها اثنتين عادت إليه بواحدة وذلك لأن الزوج الثانى إنما أعاد الحل كاملاً بسبب الحرمة التى أثبتتها الطلقة الثالثة فهو مزيل لهذا التحريم بعبارة نص قوله تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾[1] ولم يثبت التحريم بالطلقة الواحدة أو الثانية فلا حل يثبت به لأن إثبات الحل إنما يكون إذا ثبت التحريم ولم يثبت التحريم.

فإذا كانت البينونة صغرى وتزوج آخر المبانة ولم يدخل بها ثم عادت إلى الزوج الأول عادت إليه بحل ناقص باتفاق الفقهاء.

* * *

---

(١) البقرة: ٢٣٠.

الفصل الخامس
أقسام الطلاق بالنظر إلى صيغته

ينقسم الطلاق بالنظر إلى صيغته إلى طلاق منجز وطلاق مضاف وطلاق معلق:

فالطلاق المنجز:

هو ما صدر بصيغة مطلقة غير مضافة إلى زمن مستقبل ولا معلقة على حصول أمر فى المستقبل وذلك كقول الزوج لزوجته أنت طالق أو مطلقة. وحكم الطلاق المنجز هو وقوعه فى الحال وترتب آثاره عليه فور صدوره بشرط أن يكون الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق وتكون الزوجة محلاً لوقوعه.

والطلاق المضاف:

هو الطلاق الذى أضيفت صيغته إلى زمن مستقبل ويكون قصد المطلق إيقاع الطلاق عند حلوله وذلك كقول الزوج لزوجته أنت طالق غدًا أو أول الشهر القادم.

وحكم هذا الطلاق هو وقوعه عندما يأتى الوقت الذى أضيف إليه إذا كانت الزوجة محلا لوقوع الطلاق عليها عند حلول ذلك الوقت وكان الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق لأنه لم يقصد إيقاع الطلاق فى الحال وإنما قصد إيقاعه بعد زمن بعيد فيعامل بقصده.

الطلاق المعلق:

هو ما رتب وقوعه على حصول أمر فى المستقبل بأداة من أدوات الشرط وذلك كأن يقول الزوج لزوجته إن خرجت من المنزل فأنت طالق أو إذا سافرت إلى بلدك بدون إذنى فأنت طالق وتعليق الطلاق بالشرط قد يكون لفظيا وهو الذى تذكر فيه أداة الشرط صراحة كالأمثلة التى ذكرناها وقد يكون معنويًا وهو الذى لم تذكر فيه أداة الشرط صراحة بل تكون مذكورة من حيث المعنى كقول الزوج لزوجته علىّ الطلاق لا أفعل كذا فإن أداة الشرط لم تذكر فى هذه الصيغة صراحة ولكنها موجودة من حيث المعنى فإن المقصود منها بحسب العرف هو لزوم الطلاق ووقوعه إذا لم يحصل الشىء المحلوف عليه فهو بمنزلة قوله ان فعلت كذا فزوجتى طالق.

شروط صحة التعليق:

التعليق للطلاق لا يصح إلا إذا توافر أمران:

الأمر الأول: أن يكون الشرط الذى علق الطلاق على حصوله معدومًا يحتمل أن يوجد وألا يوجد. فإن كان موجودًا بالفعل فلا يكون تعليقا للطلاق وإنما يكون تنجيزًا ويقع الطلاق به فى الحال وذلك كقول الزوج لزوجته إن كنت خرجت أمس من المنزل فأنت طالق. وكانت قد خرجت بالفعل. وإن كان الشرط الذى علق الطلاق عليه معدومًا ولكنه مستحيل الوجود فإن التعليق لا يصح ولا يقع الطلاق ذلك كأن يقول الزوج لزوجته ان صعدت إلى السماء فأنت طالق فإن المعلق عليه مستحيل الوجود فلا يقع الطلاق، ومثل ذلك التعليق على مشيئة الله تعالى.

الأمر الثاني: أن يحصل التعليق ويوجد المعلق عليه والمرأة محل لوقوع الطلاق وذلك بأن تكون الزوجية قائمة بينها وبين زوجها حقيقة أو حكمًا فإن حصل التعليق قبل الزواج بها كما لو قال الرجل لامرأة أجنبية إن كلمت فلانًا فأنت طالق ثم تزوجها بعد ذلك وكلمت الرجل الذى عينه فإن الطلاق لا يقع فى هذه الحالة لأنها لم تكن محلاً للطلاق أثناء تعليقه. وكذلك لو قال الزوج لزوجته أنت طالق ان سافرت إلى الخارج ثم بعد ذلك طلقها وانقضت عدتها فسافرت إلى الخارج فلا يقع الطلاق المعلق عليها لأنها لم تكن محلاً لوقوع الطلاق عليها لأنها ليست زوجة حقيقة أو حكما. ولا يشترط فى التعليق أن يكون الزوج أهلاً للطلاق فى وقت وجود المعلق عليه فلو قال رجل لامرأته إن سافرت إلى بلدك فأنت طالق ثم طرأ على الزوج الجنون فسافرت إلى بلدها يقع الطلاق.

هل يقع الطلاق المعلق أم لا يقع؟

إذا علق الطلاق على حصول أمر فى المستقبل ثم وجد المعلق عليه فقد اختلف الفقهاء فى وقوع الطلاق على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول:

ويمثله جمهور الفقهاء ويرى أن الطلاق يقع متى وجد المعلق عليه سواء أكان من فعل الزوج أم من فعل الزوجة أم من فعل غيرهما أم كان أمرا سماويًا لا دخل فيه لاحد من الناس وسواء قصد الزوج به التخويف والحمل على فعل شىء أو تركه أم لم يقصد ذلك. واستدل أصحاب الرأى بالأدلة الآتية:

١ ـ قال الله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ ووجه الاستدلال من الآية الكريمة أن اللفظ مطلق غير مقيد فيشمل الطلاق المنجز والطلاق المعلق والطلاق المضاف وطالما ورد اللفظ مطلقًا فيعمل بإطلاقه ويقع الطلاق.

٢ ـ روى عن نافع مولى عبد الله بن عمر أنه قال: «طلق رجل امرأته البتة إن خرجت فقال ابن عمر: إن خرجت فقد بانت منه وإن لم تخرج فليس بشيء فهذا يدل على وقوع الطلاق المعلق على شرط إذا حصل ذلك الشرط.

٣ ـ أن تعليق الطلاق قد حصل ووقع فى عصر الصحابة وقد سئلوا وأفتوا بوقوعه ولو كان على وجه اليمين إذا حصل الفعل الذى علق عليه الطلاق. وحكم بذلك التابعون ولم ينقل عنهم خلاف ذلك فيدل على وقوعه ولو كان على وجه اليمين.

٤ ـ أن الطلاق إنما شرع للحاجة والحاجة قد تدعو إلى تعليق الطلاق كما تدعو إلى تنجيزه فقد يقع من الزوجة بعض الأمور التى لا يرضاها الزوج فيأمرها بتركها ولكنها تستمر على عنادها ويكره الزوج طلاقها ويرجو إصلاح حالها فيحتاج إلى تعليق طلاقها على فعل ما يكرهه أو ترك ما يريده فإما أن تمتنع عما يكرهه وتفعل ما يريده فيحصل غرضه وتحسن العشرة بينهما وأما أن تخالف فتكون هى الجانية على نفسها والمختارة للفرقة.

٥ ـ تعليق الطلاق القسمى كتعليق الطلاق على مال وحيث صح الثانى اتفاقًا صح الأول.

المذهب الثانى: ويمثله الشيعة والظاهرية وأحد أصحاب الشافعى ويرى أن الطلاق المعلق لا يقع مطلقًا حتى ولو وجد المعلق عليه. واستدل أصحاب هذا الرأى على ما ذهبوا إليه بأن تعليق الطلاق يمين واليمين بغير الله تعالى لا تجوز لقول النبى ﷺ: «ان الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم. من كان حالفًا فليحلف بالله أو ليصمت»[1]. فقد دل الحديث على أن الحلف لا يكون بغير الله والطلاق المعلق يمين وهو يمين بغير الله فلا يصح ولا يترتب عليه أثر.

---

(١) مشكاة المصابيح جـ ٢ ص ٢٤٩ وبلوغ المرام ص ٢٨٣.

إلا أنه يرد على هذا الدليل بأن الطلاق المعلق ليس يمينًا حقيقة لا لغة ولا شرعًا وقد أطلق عليه اسم اليمين مجازًا وعلى هذا لا يكون الحديث الذى ذكر متناولاً للطلاق المعلق فلا يدل على بطلانه وعدم وقوعه.

وأيضًا الطلاق كالنكاح والنكاح لا يصح تعليقه اتفاقًا فالطلاق كذلك.

إلا أنه يرد على ذلك بأنه على فرض صحة القياس فهو معارض لقوله ﷺ: «المسلمون عند شروطهم» إذ لا قياس مع النص.

المذهب الثالث:

ويمثله ابن تيمية وابن القيم ويرى أن الطلاق المعلق إن قصد به اليمين فإنه لا يقع وتجب فيه كفارة اليمين إذا حصل المعلق عليه، وإن كان القصد منه هو وقوع الطلاق عند حصول الشرط يقع الطلاق به.

واستدل القائلون بهذا الرأى بأن الطلاق المعلق إذا كان المقصود منه الحث على الفعل أو المنع كان فى معنى اليمين فيكون داخلاً فى قوله ﷺ: «من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليأت الذى هو خير وليكفِّر عن يمينه».

ويكون حكمها وهو الكفارة فى حالة الحنث وعدم الوفاء بموجبها.

غير أنه يرد على هذا الاستدلال بأن الطلاق المعلق لا يسمى يمينًا لا شرعًا ولا لغة، وإطلاق اليمين عليه إنما هو على سبيل المجاز لمشابهته اليمين الشرعية فى إفادة الحث على الفعل أو المنع منه. وعلى هذا لا يكون حكمه حكم اليمين الحقيقى وهو الحلف بالله تعالى أو بصفة من صفاته بل له حكم آخر وهو وقوع الطلاق عند حصول المعلق عليه فإن لم يحصل المعلق عليه لا يقع الطلاق ولا تجب فيه كفارة أصلاً.

وعلى هذا يكون الرأى الأول القائل بوقوع الطلاق المعلق عند وجود المعلق عليه هو الرأى الراجح لقوة أدلته وسلامتها وهو الأولى بالاتباع.

ما يجرى عليه العمل فى المحاكم:

كان العمل جاريًا فى المحاكم قبل صدور القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على المذهب القائل بوقوع الطلاق المعلق عند حصول المعلق عليه إلا أنه كثر استعمال هذا النوع من

الطلاق واشتد الحرج وأصبح الناس ما بين متمسك بدينه ويحرص عليه ينتقل من بلد إلى آخر عله يجد مخرجًا لما وقع فيه، وما بين مستهتر لم يبالِ بآثار هذا التشديد ويعيش مع زوجته عالما بحرمتها عليه مما اضطر أولياء الأمور والقائمين على الأمر أن يعالجوا هذا الوضع وفى الفقه الإسلامى متسع لذلك فصدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ متضمنا العلاج ونص فى المادة الثانية منه على أنه: «لا يقع الطلاق غير المنجز إذا قصد به الحمل على فعل شىء أو تركه لا غير».

ويبين من نص المادة المذكورة أنها لم تجعل كل تعليق للطلاق يمينًا بل قسمت التعليق إلى قسمين

أحدهما: تعليق قصد فيه الزوج ربط الطلاق بحادثة معينة لو وقعت لوقع الطلاق وهو قاصد إليه كأن يعلق طلاقها على قبولها مالاً تفتدى به نفسها أو يعلق طلاقها على رضا أبيها به بالقول صراحة أو نحو ذلك مما يتضح منه أنه يقصد ربط الطلاق بشرط معين فإن الطلاق يقع فى هذه الحالة.

ثانيهما: تعليق لم يقصد الزوج ربط الطلاق بفعل أو قول بل قصد به الحمل على فعل شىء معين سواء أكان المقصود حمل زوجته على هذا الشىء أم حمل غيرها عليه أو قصد به المنع من فعل معين أو قول سواء أكان هذا القول أو الفعل منها أم من غيرها أو يقصد بالتعليق تأكيد امتناعه عن فعل شىء معين كأن يقول: إن شربت المخدرات طلقت امرأتى ففى هذه الصورة وأمثالها لا يقع الطلاق لأنه لم يقصد إيقاع الطلاق بل قصد حمل نفسه على المنع ولا علاقة للحياة الزوجية بمثل هذا.

بل الطلاق إنما يكون عند الحاجة إليه وقد جاء فى المذكرة التفسيرية لهذا القانون أن الطلاق ينقسم إلى منجز هو ما قصد به إيقاع الطلاق فوراً. وإلى مضاف كأنت طالق غداً. وإلى يمين مثل علىَّ الطلاق لا أفعل كذا. وإلى معلق كأن فعلت كذا فأنت طالق. والمعلق إن كان غرض المتكلم به التخويف أو الحمل على فعل شىء أو تركه وهو يكره حصول الطلاق ولا وطر له فيه كان فى معنى اليمين بالطلاق. وإن كان يقصد به حصول الطلاق عند حصول الشرط لأنه لا يريد المقام مع زوجته عند حصوله لم يكن فى معنى اليمين.

ومعنى هذا أنه يرجع فى معرفة ذلك إلى المطلق ذاته لأنه هو الذى يقصد ولا يعرف إلا من جهته فإن أراد اليمين لا يقع وإن أراد التعليق ووقوع الطلاق عند حصول ما علق عليه الطلاق فإن الطلاق يقع عند حصوله.

وسند القانون فى ذلك هو رأى ابن تيمية وابن القيم وغيرهما من التابعين[1]. كما جاء فى المذكر الإيضاحية.

ونحن نرى[2] أنه وإن كان لا شك فى أن تضييق دائرة الطلاق وتلافى الاضطراب الذى يسود الأسرة أمرًا مطلوبًا والعمل على تحقيقه واجب إلا أن الوصول إلى ذلك لا يكون بإلغاء نوع من الطلاق بناء على الأقوال الشاذة التى لا تتفق مع النصوص الشرعية والتى تخالف ما أجمع عليه المجتهدون قبل وجود أصحاب هذه الأقوال، وإنما يكون بالعمل على منع الناس من الإلتجاء إلى الطلاق والحلف به من غير أن تكون هناك حاجة أو ضرورة تدعو إليه وذلك بنشر الثقافة والتربية الدينية بين أفراد الأمة وتقوية الناحية الخلقية فيهم وإفهام الناس أن الشريعة تكره الطلاق وتحرم العبث به وتنهى عن الإساءة فى إستعماله، وأنها لا تبيح الطلاق إلا إذا تعذرت العشرة بين الزوجين أو تعسرت، وفرض العقوبات التى تكفل صيانة حق الطلاق من العبث به والإساءة فى استعماله.

ويجب على المشرع الوضعى أن يعنى برابطة الزوجية عنايته بحماية الأموال والأشخاص فيضع العقوبات التى تكفل صيانتها من الاعتداء عليها والعبث بها.

* * *

---

(١) راجع فى ذلك أعلام الموقعين لابن القيم الجزء الثالث ص ٥٢.

(٢) الأحكام الشرعية للدكتور زكى الدين شعبان ص ٤٥١ وما بعدها.

الباب الثانى
فى الخلع والإيلاء واللعان والظهار
الفصل الأول
فى الخلع

تعريف الخلع: الخلع فى اللغة معناه الإزالة والنزع يقال خلع فلان ثوبه إذا أزاله وخلع الزوج زوجته إذا أزال زوجيتها، ولكن العرف يستعمل الخلع بفتح الخاء لإزالة غير الزوجية ويضمها لإزالتها.

أما تعريفه عند الفقهاء فهو إزالة الزوجية بلفظ الخلع أو ما فى معناه فى مقابل عوض تدفعه الزوجة لزوجها. والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلاَّ أَن يَخَافَا أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾[1]. وكذلك ما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما: «أن امرأة ثابت ابن قيس جاء إلى رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله: إنى ما أعيب عليه فى خلق ولا دين ولكن أكره الكفر فى الإسلام، فقال ﷺ أتردين عليه حديقته؟ قالت: نعم، فقال ﷺ لثابت أقبل الحديقة وطلقها تطليقه»[2]. وقد انعقد الإجماع على جواز الخلع إذا كانت هناك حاجة تدعو إليه كسوء العشرة والبغض للزوج.

شروط صحة الخلع:

لايكون الخلع صحيحًا تترتب عليه آثاره إلا إذا توافرت فيه الشروط الآتية:

الشرط الأول: أن يرضى به كل من الزوجين لأنه يترتب عيه سقوط حقوق الزوج قبل زوجته فيشترط رضاه به. ويترتب عليه كذلك إلزام الزوجة بالعوض الذى تم الاتفاق عليه فلابد من رضاها، فإن فقد الرضا من أحدهما فلا يصح الخلع ولا تترتب عليه أحكامه.

---

(١) الآية ٢٢٩ من سورة البقرة.

(٢) نيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٤٦.

الشرط الثانى: أن تكون الزوجة محلاً للطلاق فلا يصح للزوج أن يخلع زوجته بعد البينونة ولا بعد الردة ولا فى النكاح الفاسد، لأن الملك قد زال بالبينونة وبالردة فلا يكون للخلع شىء يزيله، والنكاح الفاسد لا يبيح حِل الاستمتاع حتى يكون فى حاجة إلى إزالته بالخلع. ولكن يصح للزوج أن يخالع زوجته المطلقة طلاقًا رجعيًا لأن ملك النكاح قائم فيها حكمًا.

الشرط الثالث: أن يقع الخلع من زوج يصح طلاقه وهو الذى توافرت فيه الأهلية، فلا يصح الخلع من الصغير أو المجنون أو المعتوه، لأن الطلاق لا يصح من واحد من هؤلاء فكذلك لا يصح الخلع منهم.

الشرط الرابع: أن تكون الصيغة بلفظ الخلع أو ما يدل على معناه كالإبراء والافتداء وذلك كقول الزوج لزوجته خالعتك على مائتى جنيه أو على مؤخر الصداق فتقبل ذلك. ومثل خالعتك: بارأتك على كذا، وافتدى نفسك بكذا وتقبل الزوجة ذلك.

الشرط الخامس: أن يكون الخلع على عوض من جهة الزوجة لأنها هى التى تريد الخلاص من الزوجية التى لم تحقق لها السعادة المنشودة، فكان عليها أن تعوض زوجها حتى يصبح أمرها بيدها وحتى يستطيع الزوج أن ينشىء زوجية مع زوجة أخرى غيرها. فإن كانت الصيغة خالية من ذكر العوض فلا يكون خلعا وإن كان بلفظ الخلع أو ما فى معناه، وإنما يكون طلاقًا بلفظ من ألفاظ الكناية، إذا وجدت نية الطلاق كان رجعيًا وإلا لا يقع طلاق، وهذا هو المعمول به الآن.

بدل الخلع: هو العوض الذى تلتزم به الزوجة لزوجها فى مقابل طلاقها وخلاصها منه. ويختلف حكم هذا البدل باختلاف الحالة التى تكون بين الزوجين ويترتب عليها الخلع وهذه الحالة لا تخرج عن واحدة من ثلاث:

الحالة الأولى: أن تكون الزوجة هى التى تكره البقاء مع الزوج دون إيذاء منه لها أو إضرارها، وفى هذه الحالة يجوز للزوج أن يأخذ من الزوجة مالا فى نظير طلاقها وخلاصها منه ولا إثم عليه فى ذلك إن كان ما أخذه منها لا يزيد على ما كان أعطاه لها. أما إن كان أكثر مما أعطاه لها فجمهور الفقهاء أجاز ذلك لقوله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَن يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ

عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴾(١). فقد دلت الآية الكريمة على نفى الاثم عن الرجل فيما أخذه من الزوجة مقابل طلاقها قليلاً كان أو كثيراً . . ويرى بعض الفقهاء أنه لا يجوز للزوج أن يأخذ منها أكثر مما كان قد أعطاه لها. ذلك لما ورد فى قصة زوجة ثابت ابن قيس أن رسول الله ﷺ قال لها أتردين عليه حديقته؟ قالت: نعم وزيادة. فقال النبى لها: أما الزيادة فلا.

الحالة الثانية: أن يكون النفور والإعراض من جانب الزوج وحده وكان هو الذى يرغب فى الخلاص من زوجته ليتزوج غيرها، وفى هذه الحالة لا يجوز له أن يأخذ منها شيئًا فى مقابل طلاقها لا قليلاً ولا كثيرًا مهما كان المهر الذى قدمه لها لقوله تعالى: ﴿ وَإِنْ أَرَدتُّمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا﴾(٢). وكذلك لو كره الزوج زوجته فضيق عليها فى المعاملة ليضطرها إلى الطلاق والخلاص منه بمال تدفعه إليه فلا يحل له شرعًا أخذ شىء منها لقوله تعالى: ﴿وَلا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَن يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾(٣)، وقوله تعالى: ﴿وَلا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ﴾. فإنه يدل على حرمة الإضرار بالزوجة وإيذائها لتتخلص منه بالمال، ولكن لو خالعها فى نظير شىء من المال الذى تم الاتفاق عليه قضاء بحيث لو رفع الأمر إلى القاضى حكم بما اتفقا عليه وألزم الزوجة بدفع ما التزمت لرضاها به تثبت ملكية الزوج لما أخذه من زوجته على سبيل العوض فى هذه الحالة وإن كان مالاً طريق الحصول عليه طريق خبيث(٤).

الحالة الثالثة: أن تكون الكراهية من الجانبين بأن كانت الألفة بين الزوجين غير تامة وخشيا من التقصير فى القيام بالحقوق الزوجية ففى هذه الحالة يجوز للزوجة أن تتخلص من حياتها الزوجية بمال تعطيه للزوج ويجوز للزوج أن يأخذ هذا المال نظير خلاصها منه، والأولى عدم جواز الزيادة على مهرها فى هذه الحالة لأن النشوز منهما(٥).

---

(١) البقرة: ٢٢٩.

(٢) سورة النساء الآية ٢٠.

(٣) البقرة: ٢٣١.

(٤) ذهب المالكية إلى حرمة أخذ العوض من الزوجة فى حالة الإضرار بها، وإذا طلبت إسقاطه عنها بعد الخلع سقط عنها، لأنه يعتبر إكراهًا على بذل المال لزوجها فى سبيل طلاقها، وهذا لا يجوز، وهذا ما نرجحه وينبغى العمل به لما فيه من العدالة. حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٢ ص ٢٥٥.

(٥) وذهب الظاهرية إلى عدم صحة الخلع إلا فيما إذا كان النشوز من قبل الزوجة.

ما يصح أن يكون بدلاً فى الخلع:

بدل الخلع لا يشترط فيه أن يكون من النقود المتبادلة بين الناس فحسب بل يجوز أن يكون من كل مال متقوم أو منفعة تقابل بالأموال كالمكيلات والموزونات والعقارات، وكذا سكنى الدار وزراعة الأرض زمنًا معينًا وفى مقابل إرضاع ولدها منه أو حضانته أو الإنفاق عليه أو غير ذلك.

حكم الخلع فى مقابل إسقاط الحضانة:

اذا خالع الزوج زوجته على أن تسقط حقها فى حضانة ولدها منه كان الخلع صحيحًا ولكن لا يسقط حق الأم فى حضانة ولدها لأن الولد له حق فى الحضانة فلا تملك الأم التنازل عنه فى مقابل الخلع وكذلك فإن هذا الشرط يترتب عليه إبطال حق من يلى الأم فى الحضانة إن أصبحت الأم غير صالحة للحضانة والأم لا تملك إبطال هذا الحق.

حكم الخلع فى مقابل إرضاع الصغير:

إذا خالع الزوج زوجته على أن ترضع ولدها مدة الرضاع الواجب شرعًا بدون أجر فقبلت ذلك كان عليها أن تقوم بإرضاعه المدة التى اتفقا عليها فإن امتنعت عن الارضاع أو مات الولد أو ماتت هى قبل تمام المدة المتفق عليها كان للزوج الحق فى أن يرجع على الزوجة أو ورثتها بما يعادل أجرة رضاع الولد عن المدة الباقية إلا إذا شرطت عليه عند الخلع أنه إذا مات الولد أو ماتت هى فلا شىء عليها فليس له الحق فى الرجوع عليها بشىء[1].

حكم الخلع فى مقابل حضانة الصغير:

لو خالع الزوج زوجته على أن تقوم بحضانة ولده منها أثناء مدة الحضانة بلا أجر صح الخلع ولزمها القيام بحضانة الصغير بدون أجر فلو تركت الصغير وهربت أو مات أو ماتت هى أو خرجت عن أهلية الحضانة كان للزوج أن يرجع عليها أو على ورثتها بما يعادل أجرة حضانة الولد عن المدة الباقية.

(١) حاشية ابن عابدين جـ ٢ ص ٥٨٣.

حكم الخلع فى مقابل الإنفاق على الصغير:

إذا خالعت الزوجة زوجها وجعلت مقابل الخلع أن تنفق هى على ابنه الصغير منها مدة معلومة صح الخلع ولزمها الإنفاق عليه طوال المدة التى اتفقا عليها فإن امتنعت عن الإنفاق أو مات الولد أو ماتت هى قبل انتهاء هذه المدة كان للزوج أن يرجع عليها بمثل نفقته فى المدة المتفق عليها أو فيما بقى منها. فإن كانت الزوجة معسرة لا تقدر على نفقة الولد جاز أن تطالب الزوج بالإنفاق على الولد من ماله هو، فإن امتنع أجبر على الإنفاق عليه ويرجع عليها بما أنفق عند يسارها، لأن النفقة حق للولد وهى واجبة أصلاً على الأب وقد انتقل الوجوب إلى الأم كبدل عن الخلع وفى حالة عجزها عن القيام بهذا الواجب وجب على الأب أن يقوم مقامها فى ذلك إحياء للولد وصيانة له من الهلاك[1].

حكم الخلع فى مقابل إبقاء الصغير أو الصغيرة إلى البلوغ:

إذا خالعت المرأة زوجها على أن يبقى ابنه منها عندها إلى البلوغ صح الخلع ولم يصح الشرط، لأن الشارع جعل الحق فى إمساك الصغير بعد بلوغه سن الحضانة للأب لا للأم، لأنه بعد زمن الحضانة يحتاج إلى من يعوده على الأخلاق والعادات التى ينبغى أن تكون للرجال، والأب أقدر على ذلك من الأم فالاتفاق على بقائه عند الأم بعد زمن الحضانة اضاعة لحق الصغير فلا يكون صحيحًا. أما إذا خالعت زوجها على إبقاء ابنتها منه عندها إلى البلوغ فإن هذا الشرط يكون صحيحًا لأنه ليس فيه إضرار بالبنت ولا إضاعة لحقها إذ هى تحتاج مع صيانتها إلى من يعلمها ويدربها على شئون النساء والأم أقدر على ذلك من الأب وهذا على رأى المذهب الحنفى وهو ما نرجحه ويجوز الشرط، ويكون صحيحًا على مذهب المالكية لأن مدة الحضانة عندهم بالنسبة للابن إلى البلوغ وبالنسبة للبنت إلى الزواج. والذى يجرى عليه العمل فى المحاكم هو جواز هذا الشرط تطبيقا للقرار بقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ الذى اعتمد فى تقرير هذا الحكم على مذهب الإمام مالك رضى الله عنه.

حكم الخلع فى مقابل الإبراء من نفقة العدة:

اذا خالعت الزوجة زوجها فى مقابل إبرائه من نفقة العدة صح الخلع ويبرىء الزوج من النفقة وإن كانت النفقة غير معلومة، لأن هذه الجهالة يسيرة والجهالة اليسيرة لا تضر فى

(١) فتح القدير جـ ٣ ص ٢١٨.

الخلع، ولأن المرأة بهذا الخلع تسقط حقها فى المطالبة بنفقتها مدة العدة وذلك أمر ثابت لها فيصح ذلك.

حكم الخلع فى مقابل إسقاط السكنى عن الزوج فى مدة العدة:

إذا اتفق الزوجان على الخلع فى مقابل إسقاط السكنى عن الزوج فى مدة العدة صح الخلع ولا تسقط عنه السكنى، لأن سكنى المطلقة مدة العدة فى البيت الذى كانت تسكنه وقت الطلاق واجب يلزم به المطلق حقًا للشرع فلا تملك الزوجة أن تعفيه منه إلا إذا كان ذلك البيت ملكا لها، أو لم يكن ملكًا لها ولكن التزمت أن تسكنه وتدفع أجرته من مالها فإنه يصح أن تعفى الزوج من هذه الأجرة لأن حق الشرع لا يفوت بذلك.

حكم الخلع إذا بطل فيه البدل:

كل خلع يبطل فيه البدل المتفق عليه تقع الفرقة بين الزوجين وتكون طلاقًا بائنًا على مذهب الحنفية، وتكون طلاقًا رجعيًا على المعمول به الآن، لأن هذا الطلاق ليس من الصور المستثناة من الطلاق الرجعى، وهذا مذهب بعض الفقهاء.

هل الخلع طلاق أم فسخ؟

اختلف الفقهاء فى حكم الخلع الذى توافرت فيه شروط صحته، فالجمهور منهم على أنه طلاق، والشافعى وأحمد ومن وافقهما على أنه فسخ للعقد وليس طلاقًا(١).

ويترتب على هذا الخلاف أثر ظاهر، فمن يعده طلاقًا يحسب على الزوج ينتقص به عدد الطلقات، ومن يعده فسخًا لا يحسب ولا ينتقص به العدد.

ومن يعتبر الخلع طلاقًا، يجعله طلاقًا بائنًا وهذا هو ما يجرى عليه العمل الآن فى المحاكم المصرية ويقع الطلاق البائن بالخلع إذا توافرت شروطه بمجرد حصول صيغته ورضا الزوجين دون حاجة إلى قضاء.

---

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد جـ ٢ ص ٦٩.

التكييف الفقهى للخلع

الخلع يعتبر يمينًا من جانب الزوج لأنه علق طلاق زوجته على قبول المال والتعليق يعتبر يمينا عند الفقهاء، والخلع كذلك يعتبر معاوضة من جانب الزوجة لأنها التزمت بالمال مقابل خلاصها من الزوج لكنها ليست معاوضة محضة بل فيها شبه بالتبرعات. واعتبار الخلع يمينا من جانب الزوج يترتب عليه الأحكام الآتية:

١ ـ لا يجوز للزوج إذا ابتدأ بالخلع أن يرجع فيه قبل قبول الزوجة لأنه تعليق والتعليق لا يجوز الرجوع فيه. فلو قال لزوجته خالعتك على مؤخر الصداق فلا يجوز له أن يرجع عن هذا الإيجاب قبل أن تقبل الزوجة، كما أنه لا يجوز أن يمنع الزوجة عن القبول.

٢ ـ لو صدر إيجاب بالخلع من الزوج فى المجلس ثم قام منه قبل قبول الزوجة له لا يبطل الخلع بقيامه من المجلس، فلو قبلت الزوجة الخلع بعد قيام الزوج كان قبولها صحيحًا ويقع الطلاق لأن القيام من المجلس يعتبر رجوعًا عن الإيجاب دلالة وإذا كان الزوج لا يملك الرجوع عن الإيجاب صراحة فلا يملك الرجوع عنه دلالة من باب أولى لأن التعليق لا يمكن الرجوع فيه.

٣ ـ إيجاب الزوج فى الخلع يجوز تعليقه على شرط مثل قول الزوج لزوجته إن جاء والدك إلى البيت خالعتك على كذا، ويجوز إضافته إلى زمن مستقبل كقوله خالعتك على خمسين جنيها أول الشهر القادم فإن قبلت الزوجة عند وجود الشرط المعلق عليه أو عند حلول الوقت المضاف إليه وقع الطلاق ولزمها المال وترتبت على الخلع آثاره الخاصة.

٤ ـ لا يصح للزوج أن يشترط لنفسه الخيار فى مدة معلومة لأن الزوج لا يملك الرجوع عن الخلع واشتراط الخيار يجعل له الحق فى الرجوع عنه فى مدة الخيار وهذا يخالف مقتضى التصرف الذى صدر منه والشرط إذا خالف مقتضى التصرف لا يكون صحيحًا فإذا اشترط كان شرطًا باطلاً لكن لا يبطل الخلع به لأن الخلع لا يبطل بالشروط الفاسدة فلو خالع الزوج زوجته على أن له الخيار ثلاثة أيام وقبلت الزوجة وقع الطلاق فى الحال ولزمها المال المتفق عليه.

وقد بنى على اعتبار الخلع من جانب الزوجة معاوضة لها شبه بالتبرعات الأحكام التالية:

١ ـ أن الزوجة لو ابتدأت بالخلع فقالت اختلعت نفسى منك بكذا كان لها أن ترجع عن هذا الإيجاب قبل قبول الزوج، لأن الإيجاب فى المعاوضات يصح الرجوع عنه قبل صدور القبول من الطرف الآخر.

٢ ـ أن الزوجة لو كانت حاضرة فى المجلس فلابد من قبولها فيه وإن كانت غائبة عنه فلابد من قبولها فى المجلس الذى تعلم فيه بالخلع فإن قامت من المجلس بعد ما سمعت كلمة المخالعة من الزوج أو بعد علمها بذلك بطل الإيجاب فلو قبلت بعد ذلك لا يقع الطلاق لأن المعاوضات المالية تبطل إذا تفرق المتعاقدان بعد الإيجاب وقبل القبول.

٣ ـ يجوز للزوجة أن تشترط لنفسها الخيار فى مدة معلومة يكون لها فيها الحق فى القبول أو الرفض فإذا قالت الزوجة لزوجها خالعتك على خمسين جنيها على أن لى الخيار ثلاثة أيام وقبل الزوج ذلك صح هذا الشرط وكان لها فى أثناء المدة أن تقبل الطلاق على هذا المال وألا تقبل فإن قبلت وقع الطلاق ولزمها المال لأن الخلع من جانبها معاوضة والمعاوضات يصح فيها اشتراط الخيار.

٤ ـ لا يصح للزوجة أن تعلق الخلع على شرط ولا أن تضيفه إلى زمن مستقبل لأن الخلع من جانبها معاوضة وتمليك والتمليكات لا تقبل التعليق ولا الإضافة.

٥ ـ ان بدل الخلع لا يلزم الزوجة إلا إذا كانت أهلاً للتبرع بأن كانت بالغة عاقلة رشيدة لأن الخلع وان اعتبر معاوضة من جانب الزوجة إلا أنه فيه شبها بالتبرعات فإذا لم تكن الزوجة أهلاً للتبرع لا يلزمها المال.

الآثار المترتبة على الخلع

الخلع الذى توافرت فيه الشروط التى ذكرناها تترتب عليه الأحكام الآتية:

١ ـ وقوع الطلاق بائنًا لأن الزوجة لم تدفع المال إلا لتخليص نفسها من زوجها ولا يحصل ذلك إلا إذا كان الطلاق بائنًا.

٢ ـ لزوم بدل الخلع فى ذمة الزوجة سواء كان هذا البدل نقودا أم غيرها من الأشياء المالية التى تقوم بمال أو من المنافع التى تقابل بمال وسواء كان البدل هو المهر كله أو بعضه لأن الزوج علق طلاق زوجته على قبول البدل وقد رضيت به فيلزمها ذلك.

٣ ـ سقوط الحقوق المالية الثابتة وقت الخلع لكل منهما قبل الآخر والمتعلقة بالزواج الذى وقع فيه الخلع فيسقط بالخلع حقوق الزوجة المالية الثابتة لها فى ذمة زوجها مثل المهر الذى لم تقبضه والنفقة المتجمدة ومؤخر الصداق ويسقط به حقوق الزوج المالية كذلك كالنفقة المعجلة التى دفعها لزوجته قبل الخلع وخلافه أما الحقوق التى ثبتت بعد الخلع فلا تسقط إلا بالنص عليها وذلك كنفقة المدة والقرض والوديعة وذلك طبقًا للرأى الراجح[1].

خلع الزوجة التى ليست أهلاً للتبرع

الخلع طلاق فى مقابل مال تلتزم به الزوجة لزوجها فهو معاوضة من جهة الزوجة ولماكان كذلك فلابد أن تكون أهلاً للتبرع حتى يصح إلزامها بالمال الذى يحصل الاتفاق عليه بينها وبين زوجها، ولا تكون أهلاً للتبرع إلا إذا كانت بالغة عاقلة رشيدة. وعلى هذا فلو كانت الزوجة صغيرة مميزة تفهم معنى الخلع وآثاره ثم خالعها زوجها على مقدار من المال وقبلت ذلك وقع الطلاق عليها ولا يلزمها المال، وإنما وقع الطلاق لأن الزوج علق الطلاق على قبولها وقد قبلت وقبولها صحيح لأنها مميزة ولا يلزمها المال، لأن فيه معنى التبرع وهى ليست أهلاً للتبرع بشىء من مالها. وكذلك لو كانت المرأة كبيرة ولكن حجر عليها لسفهها ثم خالعها زوجها على مال وقبلت صح الخلع ووقع الطلاق، لأن وقوع الطلاق فى الخلع يتوقف على قبولها وقد تحقق منها ولكن لا يلزمها المال، لأنها ليست من أهل التبرع لسفهها. وإذا تولى الخلع عن الصغيرة أو السفيهة أبوها فإن التزم بأداء الخلع من ماله الخاص بحيث لا يرجع به عليها بعد ذلك صح الخلع ووقع الطلاق ويلزم الأب بدفع المال الذى خالع عليه. أما إذا قبل الأب الخلع ولكنه لم يلتزم بدفع المال من ماله هو بل أضافه إلى مال ابنته فإن المال لا يلزمها ولا يلزم الأب أيضا، حتى ولو كان الأب أيضًا كفيلا به، لأن بدل الخلع فيه معنى التبرع كما قلنا ولا يملك أحد أن يتبرع من مال غيره حتى ولو كان وليًا عليه ولكن الطلاق يقع طبقًا للرأى الراجح لأن الطلاق معلق على قبول الأب وقد وجد الشرط فيقع الطلاق.

---

(١) منع الإمام محمد سقوط أى حق مالى لأحدهما على الآخر إلا بالنص، لأن الخلع ليس صريحًا فى إسقاط هذه الحقوق ولأن الخلع له بدل حصل الاتفاق عليه فلا تدفع الزوجة سواه، ولا يسقط بالخلع غيره وهذا هو المعمول به قضاء الآن.

ولو كانت الزوجة مريضة مرض الموت وخالعها زوجها على مال وقبلت صح الخلع ولزمها المال إذا كان لا يزيد عن ثلث ما تملكه ولا عن نصيب الزوج فى الميراث، فإذا ماتت قبل انقضاء العدة استحق الزوج الأقل من بدل الخلع وثلث التركة وميراثه فيها لو كان ممن يرثها، أما إذا ماتت بعد انقضاء العدة فيستحق الأقل من بدل الخلع وثلث التركة. وهذا كان المعمول به قبل صدور قانون الوصية سنة ١٩٤٦، أما بعده فلا فرق بين موتها فى العدة أو بعدها ففى كلتا الحالتين يستحق الزوج الأقل من بدل الخلع وثلث التركة. إذ أجاز هذا القانون الوصية لوارث فى حدود الثلث.

الخلع والطلاق على مال

الخلع لا يكون إلا بلفظ الخلع أو ما فى معناه كالإبراء والافتداء والبيع والشراء، أما الطلاق على مال فيكون بلفظ من الألفاظ الصريحة فى الطلاق أو الكناية. ولقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الخلع غير الطلاق على مال، وذهب الشافعية إلى أنه لا فرق بينهما والخلع والطلاق اسمان لشيء واحد وهو الفرقة فى مقابلة مال تعطيه الزوجة لزوجها. وبناء على رأى الفقهاء الذى يفرقون بين الخلع والطلاق على مال نراهما يتفقان فيما يأتى:

١ ـ أن قبول المرأة فى الخلع والطلاق على مال أمر لابد منه لأن هذا يعتبر معاوضة من جانبها والمعاوضة لابد فيها من قبول من يلتزم دفع العوض فإن وجد القبول وقع الطلاق ويلزم البدل على الزوجة وإن لم يوجد قبول لا يقع الطلاق ولا يلزم البدل.

٢ ـ إذا قبلت الزوجة دفع البدل وقع الطلاق بائنا سواء فى ذلك الخلع والطلاق على مال لأن الزوجة إنما تدفع البدل لتتخلص من سلطنة الزوج عليها ولا تتخلص من هذه السلطنة إلا بالطلاق البائن أما الرجعى فسلطان الزوج يظل قائما عليها إذ له أن يراجعها متى شاء رضيت أم كرهت ما دامت فى العدة فلا يتحقق بالرجعة الخلاص من سلطنة الزوج اللهم إلا إذا انقضت العدة.

ويختلف الخلع عن الطلاق على مال فيما يأتى:

١ ـ الخلع يسقط عند أبى حنيفة كل حق مالى ثابت وقته مما يتعلق بالنكاح الذى وقع الخلع فيه ولا يسقط هذا الحق عند الصاحبين كما بينا من قبل.

أما الطلاق على مال فلا يسقط هذا الحق بالاتفاق بين الإمام وصاحبيه.

٢ ـ إذا بطل البدل فى الخلع بأن كان خمراً أو خنزيراً وقع الطلاق بائنًا عند الحنفية أما إذا بطل فى الطلاق على مال وقع الطلاق رجعيًا.

والذى يجرى عليه العمل الآن أن البدل إذا بطل سواء فى الخلع أو الطلاق وقع الطلاق رجعيًا.

* * *

الفصل الثانى
فى اللعان

وفيه مبحثان:

المبحث الأول

فى التعريف به وكيفيته وشروطه والامتناع عنه

اللعان مصدر لاعن من اللعن وهو الطرد والإبعاد من رحمة الله تعالى.

وفى الاصطلاح: اسم لما يجرى بين الزوجين من الشهادات بالألفاظ المعروفة مقرونة باللعن من جانب الزوج وبالغضب من جانب الزوجة[١].

وقد شرع الله الحد لمن يقذف امرأة محصنة[٢] بالزنا ولم يثبت دعواه بشهادة أربعة شهود زجرا له ولأمثاله عن انتهاك أعراض العفيفات. فيجلد ثمانون جلدة بقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَٰئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾[٣].

وكان هذا هو الواجب فى قذف كل محصنة ولو كانت زوجة، ولكن الله خفف عن الأزواج ورفع الحرج عنهم بشرعية اللعان فى حق من قذف زوجته بقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ﴿٦﴾ وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِن كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ ﴿٧﴾ وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ ﴿٨﴾ وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِن كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ﴾[٤].

(١) سمى بذلك لوجود اللعن فى خامسة الزوج ولم يسم بالغضب لأن اللعن أسبق منه والسبق من أسباب الترجيح. ولأن لعانه قد ينفك عن لعانها ولا عكس. فتح القدير جـ ٣ ص ٢٤٧.

(٢) المحصنة: هى المسلمة الحرة البالغة العاقلة العفيفة عن الزنا.

(٣) الآية ٤ من سورة النور.

(٤) الآيات ٦، ٧، ٨، ٩ من سورة النور.

فلما نزلت هذه الآيات أقام رسول الله ﷺ اللعان بين زوجين اتهم الزوج زوجته بالزنا مع شخص معين بعد أن وعظهما وبين لهما أن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة لأن أحدهما كاذب بيقين، فصار ذلك هو الحكم المقرر فيما إذا اتهم الزوج زوجته بالزنى أو نفى نسب ولدها إليه ولم تكن له بينة على دعواه ولم تصدقه الزوجة وطلبت إقامة حد القذف عليه.

كيفية اللعان:

طريقة اللعان بعد حدوث سببه كما جاء فى الآيات السابقة أن يأمر القاضى الزوج بملاعنتها بأن يقول: أشهد بالله أنى لمن الصادقين فيما رميت به فلانة هذه ويشير إليها إن كانت حاضرة، وإن لم تكن حاضرة بالمجلس سماها ونسبها بما تتميز به، ويكرر أربع مرات وفى الخامسة يقول: لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنى أو نفى الولد حسب موضوع الدعوى.

فإذا انتهى أمر الزوجة بملاعنته فتقول: أشهد بالله أنه لمن الكاذبين فيما رمانى به من الزنى أو نفى الولد حسبما جاء فى دعواه، وتكرر ذلك أربع مرات، ثم تقول فى الخامسة:[١] غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رمانى به، ويكون ذلك بحضرة جماعة من الرجال أقلهم أربعة لأنه بينة على الزنى.

وإنما وجب الابتداء بالرجل لأنه المدعى فبينته بينة إثبات وبينتها بينة إنكار لأنها منكرة، وإنما كانت أربع شهادات لأن الزنى لا يثبت إلا إذا شهد عليه أربعة من الرجال أو أقر به صاحبه أربع مرات، فكانت هذه الشهادات منه قائمة مقام شهادة الشهود الأربعة.

فإذا فعل ذلك سقط عنه القذف، وإذا عارضته بشهاداتها سقط عنها حد الزنى.

(١) يلاحظ أن النص السابق بينما جعل دعاء الرجل على نفسه لعنة الله جعل دعاء المرأة على نفسها غضب الله عليها. والغضب أشد من اللعن، لأن اللعن طرد من الرحمة والغضب سخط الله وانزال مقته وعذابه بالمغضوب عليه، لأن جريمة المرأة هنا أشد من جريمة الرجل، ولأن المرأة تكثر من اللعن كما جاء فى الحديث فى وصف النساء: «يكثرن ويكفرن العشير» فلا تهتم به لو أمرت بالدعاء عليها باللعن.

حكم الامتناع عن الملاعنة بعد وجود سببها:

إذا امتنع الرجل عن الملاعنة بعد اتهامه زوجته بالزنى أو بنفي ولدها حبسه القاضي حتى يلاعن أو يكذب نفسه فيقام عليه حد القذف عند الحنفية.

ويذهب الأئمة الثلاثة والجعفرية إلى أنه يقام عليه حد القذف بمجرد امتناعه.

وسبب هذا الاختلاف هو اختلافهم في الموجب الأصلي لقذف الزوج زوجته.

فالحنفية يرون أن موجبه اللعان لأن قوله تعالى: ﴿فشهادة أحدهم﴾ معناه فالواجب شهادة أحدهم، وهذا يفيد أن الواجب في قذف الزوجات اللعان فلا يجب غيره إذا لم يوجد، ثم قالوا إن آيات اللعان نسخت آية القذف في حق الأزواج أو خصصتها بغير الأزواج، والجمهور يذهبون إلى أن الموجب الأصلي لقذف الزوجات هو حد القذف واللعان مسقط له، لأن آية القذف عامة في حكمها لكل قاذف زوجًا كان أو غير زوج وجاءت آيات اللعان مخففة عن الأزواج فجعلت لهم طريقا لرفع الحد عنهم باللعان، فإذا امتنع عن اللعان ثبت الموجب الأصلي وهو الحد، ويدل لهذا أن الرسول قال لهلال بن أمية ـ لما قذف زوجته بالزنى مع شريك بن شحماء ـ «البينة أو حد في ظهرك»، وعندما نزلت آية اللعان وجاء يلاعن[1] قال له الرسول: «عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة»، ولو لم يكن الحد بهذا القذف واجبًا لما كان لهذا القول معنى.

ولأن الزوج لو أكذب نفسه أقيم عليه الحد بالاتفاق.

ويبدو أن رأي الجمهور هنا أرجح من رأي الحنفية.

وإذا امتنعت الزوجة عن اللعان بعد أن لاعنها الزوج حبست عند الحنفية حتى تلاعن أو تصدق الزوج فيما ادعاه، فإن صدقته لا تحد حد الزنى حتى تقر به صريحًا أربع مرات، لأن تصديقها ليس إقراراً بالزنى قصداً، ولأنها لو أقرت بالزنى ثم رجعت عن اقرارها لم تحد. ووافقهم الحنابلة في ذلك.

---

(١) وهو أول لعان وقع في الإسلام ولم يقع بعده لعان إلا في زمن عمر بن عبد العزيز. حاشية القليوبي على شرح المنهاج جـ ٤ ص ٢٨.

(٢) ففي كشاف القناع جـ ٥ ص ٤٠٠ وان لاعن الزوج ونكلت الزوجة عن اللعان فلا حد عليها لأن زناها لم يثبت لأن الحد يدرأ الشبهة وحبست حتى تقر أربعا أو تلاعن.

وذهب المالكية والشافعية والجعفرية إلى أنها إذا امتنعت عن اللعان يقام عليها حد الزنى وهو الرجم، لأن الواجب الأصلى هو الحد واللعان يدرأ عنها الحد لقوله تعالى: ﴿وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ﴾(١) فقد جعلت الشهادات وهى اللعان من جانبها دافعا عنها العذاب وهذا العذاب هو الحد المصرح به فى قوله تعالى: ﴿وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾.

شروط اللعان:

لا يجب اللعان إلا بعد قذف الزوج ومطالبة الزوجة بموجب القذف أمام القاضى وتوفرت الشروط الآتية:

١ ـ أن تكون الزوجية الصحيحة قائمة بينهما حقيقة أو حكمًا عند القذف سواء أضاف الزوج الزنى إلى زمن الزوجية أو قبلها عند الحنفية، لأن العبرة عندهم بالوقت الذى وقع فيه القذف سواء كان القذف قبل الدخول أو بعده.

وذهب الجمهور والجعفرية إلى أن الشرط أن يضيف القذف إلى زمن الزوجية فلو أضافه إلى ما قبل الزواج لا يلاعن ويقام عليه حد القذف(٢)، لأن العبرة عندهم بالوقت الذى يضيف إليه الزنى فلابد أن يكون حال قيام الزوجية.

فلو كان الزواج فاسدًا لا يلاعن لأن الزوجة فيه تعتبر كالأجنبية ويقام عليه حد القذف إذا كانت المقذوفة عفيفة.

وذهب الشافعية والحنابلة إلى أنه يلاعن فى الزواج الفاسد إذا كان القذف بنفى الولد لأن الرجل مضطر إلى نفى نسب هذا الولد ولا طريق له إلا باللعان.

٢ ـ أن يكون كل من الزوجين أهلاً للشهادة على المسلم بأن يكون كل منهما مسلمًا بالغا عاقلاً حرًا قادرًا على النطق غير محدود فى قذف، فإذا تخلف قيد من ذلك لا يقام بينهما اللعان. وهذا عند الحنفية، لأن اللعان عندهم شهادات مؤكدات بالأيمان. حيث سمت الآية الأزواج شهداء وسمت ملاعنتهم شهادات. وجعلها كشهادة الزنى فى العدد.

---

(١) النور: ٨.

(٢) الشرح الكبير جـ ٢ ص ٤٥٨، منهاج الطالبين جـ ٤ ص ٣٩. كشاف القناع جـ ٥ ص ٣٩٥، استثنى الشافعية صورة ما إذا كان القذف بنفى الولد فإنه يلاعن ولو أضاف الزنى إلى ما قبل الزواج.

وعند الأئمة الثلاثة هى أيمان بلفظ الشهادة فيشترط فيه أن يكون كل منهما أهلاً لليمين والزوج أهلاً للطلاق فصححوا اللعان من كل زوجين سواء كانا مسلمين أو كافرين، عدلين أو فاسقين محدودين فى قذف أو لا ما دامت الزوجة محصنة يحد قاذفها ودليلهم على ذلك أنه يذكر فيه اسم الله ويجب تكراره والمعروف فى الشهادة أنها لا تكرر لكن القسم قد يكرر كما فى القسامة، ولأنه يكون من الجانبين والشهادة تكون من جانب واحد، وتسميته شهادة باعتبار قول كل منهما أشهد، ولأن الرسول قال بعد أن ولدت امرأة هلال بن أمية: «لولا الأيمان لكان لى ولها شأن».

قال الشوكانى فى نيل الأوطار بعد أن حكى عن صاحب الفتح أقوالاً ثلاثة أن اللعان شهادة فيها شائبة يمين والعكس، وأنه ليس بيمين ولا شهادة قال: والذى تحرر لى أنها من حيث الجزم بنفى الكذب وإثبات الصدق يمين لكن أطلق عليها شهادة لاشتراط أن لا يكتفى فى ذلك بالظن بل لابد من وجود علم كل منهما بالأمرين علمًا يصح معه أن يشهد[1].

٣ ـ ألا يقيم الزوج بينة على ما ادعاه بالاتفاق، فلو أقام بينة وجب عليها الحد ولا لعان، لأن اللعان حجة ضعيفة فلا تقاوم بالبينة.

٤ ـ أن تكون الزوجة عفيفة عن الزنى.

٥ ـ أن تنكر الزوجة ما رماها به زوجها.

(١) نيل الأوطار جـ ٦ ص ٣٢٣.

المبحث الثاني
فى الآثار المترتبة على اللعان:

إذا توافرت شروط اللعان ووقع أمام القاضى ترتب عليه الآثار الآتية:

١ ـ سقوط الحد عنهما.

٢ ـ يحرم بمجرد اللعان استمتاع كل من الزوجين بالآخر حتى قبل تفريق القاضى بينهما.

٣ ـ تقع الفرقة بين الزوجين بالاتفاق. غير أنهم اختلفوا فى وقوعها. هل تقع بمجرد اللعان ولا تتوقف عل تفريق القاضى أو لا تقع إلا بتفريقه؟

فذهب أبو حنفية وصاحباه إلى أنها لا تقع إلا بتفريق القاضى، فلو تلاعنا وتأخر تفريق القاضى كانت الزوجية باقية بينهما فى بعض الأحكام، فلو مات أحدهما ورثه الآخر، ولو طلقها وقع عليه الطلاق، ولو أكذب نفسه حلت له من غير تجديد عقد الزواج، واستدلوا بما روى عن ابن عباس فى قصة المتلاعنين: «ففرق رسول الله ﷺ بينهما، وهذا يفيد أن التفريق حصل بفعل رسول الله لا قبله».

وذهب مالك وأحمد فى إحدى الروايتين عنه وزفر من الحنفية والجعفرية إلى أن الفرقة تقع بمجرد الملاعنة، وحكم القاضى منفذ لها، لأن سبب الفرقة هو اللعان وقد وجد ولولاه ما وقعت، وقول ابن عباس السابق ليس نصًا فى إنشاء الفرقة بل يحتمل أنه إعلام لهما بها أو تنفيذها حسا بينهما، ومع الاحتمال لا يدل على الفرقة على حكم القاضى.

وإذا وقعت الفرقة بينهما اعتبرت طلاقًا بائنًا عند أبى حنيفة ومحمد، تحتسب من عدد الطلقات لأن سبب الفرقة جاء من جانب الرجل لأنه المتسبب فيها، فلا يحل له أن يتزوجها قبل أن يكذب نفسه أو تصدقه فى دعواه أو يكون من أحدهما ما يخرجه عن أهلية الشهادة. كأن يقذف أحدهما غيره فيحد به أو يرتد عن الإسلام، لأن تكذيبه نفسه يعتبر رجوعا عن الشهادة، والشهادة لا حكم لها بعد الرجوع عنها وحينئذ يحد حد القذف ويثبت نسب الولد فيه إن كان القذف لنفيه، وبتصديقها له يرتفع سبب اللعان أيضًا، لكنها لا تحد حد الزنى إلا إذا أقرت أربع مرات. كما قدمنا.

وهذا هو المعمول به فى مصر الآن لأن القانون لم يعرض له بل أن مذكرته الإيضاحية نصت على أن فراق اللعان وإباء أحد الزوجين الإسلام باق فى حكمه فى مذهب الحنفية.

وذهب أبو يوسف والأئمة الثلاثة والجعفرية إلى أن الفرقة باللعان تكون فسخًا لا طلاقًا لأنها فرقة مؤبدة كحرمة الرضاع فلا يمكنهما إعادة الزواج بينهما حتى ولو أكذب نفسه أو صدقته الزوجة لحديث: «المتلاعنان لا يجتمعان أبدًا».

ولأن سبب التفريق هو اللعان قد وجد، وتكذيبه نفسه أو تصديقها له لا ينفي وجوده فيبقى حكمه، ولأنه لو كان صادقًا في اتهامه لها فلا ينبغي له أن يرجع إلى معاشرة زوج بغي، وإن كان كاذبا فقد أساء إليها إساءة بالغة فلا يمكن من معاشرتها بعد ذلك.

غير أن أبا يوسف يقول: إذا قذفها بنفي الولد وأكذب نفسه فإنه يثبت نسب الولد منه معللا ذلك بأن الحديث جاء بالتفريق بينهما ولم يتعرض للنسب بالنفي فيجب المحافظة عليه، وإذا ثبت نسبه ومات الأب ورثه الابن ولو مات الابن لايرثه أبوه لاحتمال أنه أكذب نفسه لأجل الميراث عند الحنفية والجعفرية.

٣ ـ إذا كان اللعان بنفي الولد ينتفي نسبه منه ويلحق بأمه فيكون أجنبيًا في بعض الأحكام بالتوارث والنفقة، فلا توارث بينهما إذا مات أحدهما، كما لا يرث الولد قرابة أبيه وإنما ترثه أمه وأقرباؤها، ولا تجب لأحدهما نفقة على الآخر، لأن كلاً منهما لا يثبت إلا بسبب متيقن.

وتبقى أحكام البنوة في الأحكام الأخرى التي يراعى فيها الاحتياط لاحتمال أنه ابنه حقيقة فلا يحل لأحدهما اعطاء زكاته للآخر، ولا تقبل شهادة أحدهما للآخر.

ولا يقتل الأب به قصاصًا إذا قتله، كما لو قتل ابنه الثابت النسب.

وتثبت بينهما حرمة المصاهرة فلا يجوز أن يزوجه من أولاده، كما لا يجوز له أن يتزوج امرأته التي عقد عليها وبالعكس.

ولا يعتبر الولد بهذا النفي مجهول النسب، فلو ادعاه غير الملاعن لا يصح ولا يثبت نسبه منه لاحتمال أن يكذب الملاعن نفسه فيعود نسب الولد له.

ولهذا قيل لو ادعاه أجنبي بعد موت الملاعن صحت الدعوى وثبت نسبه من المدعى إذا توافرت شروط ثبوت النسب.

* * *

الفصل الثالث
فى الإيلاء

وفيه مبحثان:

المبحث الأول
فى التعريف به وركنه وألفاظه وشروطه

الإيلاء لغة عبارة عن اليمين مطلقًا. يقال: آلى يولى إيلاء إذا حلف سواء كان على ترك قربان زوجته أو غيره.

وفى الشريعة عبارة عن حلف الزوج على ترك قربان امرأته أربعة أشهر سواء كان حلفا بالله أو بتعليق القربان على فعل يشق على النفس إتيانه.

وقد كان هذا النوع من الإيلاء فى الجاهلية يلحق الضرر البالغ بالمرأة لطول مدة المنع كما روى عن ابن عباس أنه قال: كان إيلاء الجاهلية السنة والسنتين فوقَّت الله لهم أربعة أشهر[١].

وكان يتكرر هذا الحلف حتى يصل إلى التحريم المؤبد فتصير بذلك المرأة كالمعلقة لا هى بذات زوج لها حقوق الزوجية ولا هى خالية الزواج يغنيها الله من فضله.

فخفف الشارع عنها بجعل أمد الإيلاء فترة قصيرة ألزم الزوج فيها إما الرجوع عن مقتضى يمينه أو فراقها جاء ذلك فى قوله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴿٢٢٦﴾ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾[٢].

فنقله من حرمان مؤبد إلى حرمان مؤقت ينتهى بأحد أمرين: إما عودة الحياة الطبيعية بين الزوجين والإمساك بالمعروف أو التسريح بالإحسان.

---

(١) نيل الأوطار جـ ٦ ص ٣٠٩.

(٢) الآيتان ٢٢٦، ٢٢٧ من سورة البقرة.

ولم يرفعه من أساسه وإن كان فيه إيلام المرأة بحرمانها من أمر لازم لطبيعتها البشرية واشعارها بكراهته وانصرافه عنها، لأنه لا يخلو من فائدة تعود على الحياة الزوجية.

فقد يكون نوعا من التأديب لها إذا كان الباعث عليه أمرًا يرجع إليها كإتيانها فعلاً ينفره منها فهجرها بهذا اليمين يحملها على تلافى سببه فتصفوا الحياة الزوجية بينهما.

وقد يكون علاجًا له إذا كان السبب منه، لأن بعده عنها قد يثير فى نفسه الشوق إليها فيعود إليها نادمًا على إساءتها مصرًا على حسن معاشرتها، فإذا مرت المدة دون أن يجد نفسه قد مالت إليها فارقها بيسر وسهولة.

فيكون الإبقاء عليه بهذه الصورة من عوامل دعم الحياة الزوجية أو إنهائها بالمعروف.

ركن الإيلاء:

يوجد الإيلاء بالعبارة الدالة على منع الزوج نفسه من قربان زوجته أربعة أشهر فأكثر منعا مؤكدًا باليمين بالله أو بصفة من صفاته أو بالتزام ما يشق عليه إثباته. كأن يقول: والله لا أقربك أربعة أشهر، أو وقدرة الله لا أقربك عامًا، أو لا أقربك أبدًا، وكذلك لو أطلق عن التقييد بزمن: كوالله لا أقربك، لأن الإطلاق ينصرف إلى التأبيد، ومثل ذلك لو قال: ان قاربتك فى هذا العام فعلىَّ صوم شهرين متتابعين أو حج أو صلاة ألف ركعة مثلاً، ففى كل هذه الصور يكون موليًا يلزمه حكم الإيلاء.

وعلى ذلك لا يكون موليًا من حلف على تركها أقل من أربعة أشهر، أو قال لها: لا أقربك أربعة أشهر دون أن يلتزم بأمر يشق عليه، لأن الشرط لتحققه كون المنع مدة لا تقل عن أربعة أشهر مع تأكيده باليمين أو بالتزام أمر يشق عليه، فإذا خلا من أحدهما لا يكون إيلاء، هذا عند الحنفية.

وخالف الظاهرية فقالوا متى حلف بالله أو بصفة من صفاته على عدم قربانها يكون موليا وإن لم يعين مدة أو عين أقل من أربعة أشهر، فإذا فعل أمره الحاكم بالحنث فى اليمين وأمهله أربعة أشهر من حين الحلف فإذا انتهت المدة ولم يفىء ولم يطلق أوقفه وأمره بأحدهما فإن امتنع فليس له أن يطلق عليه بل يضربه حتى يفعل أحدهما أو يموت قتيل الحق إلى مقت الله تعالى(١).

(١) المحلى ـ ١٠ ص ٥٢.

كما خالف الحنفية الأئمة الثلاثة والجعفرية فى المدة فشرطوا أن تكون أكثر من أربعة أشهر أو مطلقة عن التقييد.

لأن الآية وضعت لعدم قربان المرأة حدًا لا ينبغى للزوج أن يتعداه وهو الأربعة أشهر وهو لا يطالب فيها بشىء فلابد أن يزيد عليها ليطالب فيها بالفىء أو الطلاق.

كما خالفهم الجعفرية والحنابلة فى المؤكد فشرطوا أن يكون باسم الله أو بصفة من صفاته، فمن حلف بالطلاق أو التزم ما يشق عليه لا يكون موليا، لأنه لا يمين إلا ما عده الشارع يمينا، ولأن الحلف عند إطلاقه ينصرف إلى القسم الذى تعورف فى عصر نزول الوحى أنه يمين تلزم الكفارة بالحنث فيه: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ الأَيْمَانَ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ﴾[1] الآية.

ألفاظه: تتنوع ألفاظ الإيلاء إلى نوعين صريح وكناية.

فالصريح: هو ما دل على المقصود من غير احتمال شىء آخر. نحو والله لا أقربك. أو لا أجامعك، أو لا أغتسل لك من جنابة وما شاكل ذلك، وهذا يكون إيلاء ولا يصدق فى أنه قصد به شيئًا آخر.

والكناية: ما احتمل معنى آخر. نحو لا أغشاك، ولا أمسك، ولا أدخل عليك، ولا أجمع رأسى ورأسك، وهذا لا يكون إيلاء إلا بالنية، فلو ادعى أنه أراد به غير المخالطة صدق قضاء.

وكما يكون باللفظ المنجز يكون بالمعلق على حدوث أمر آخر، وبالمضاف إلى زمن مستقبل، وتبدأ مدة الإيلاء فى المنجز عقب التلفظ به وفى المعلق من وقت تحقق الشرط، وفى المضاف لزمن بدخول أول لحظة منه عند الحنفية والشافعية والمالكية، وذهب الحنابلة والجعفرية إلى أنه لا يكون إلا منجزًا.

شروط الإيلاء:

١ ـ يشترط فى المولى «الزوج» أن يكون بالغًا عاقلاً قادرًا على المخالطة الجنسية، وبعبارة أخرى أن يكون أهلاً للطلاق عند أبى حنيفة والجعفرية.

---

(١) المائدة: ٨٩.

وشرط أبو يوسف ومحمد أن يكون أهلاً للكفارة، لأنه يمين يترتب على الحنث فيه الكفارة فلابد أن يكون مسلمًا مع العقل والبلوغ، فالإيلاء عندهما لا يصح من غير المسلم، لأن الكفارة عبادة لا تصح منه، ويصح عند أبى حنيفة لأنه أهل للطلاق، فإذا آلى من زوجته وبر فى يمينه بأن لم يقربها فى المدة كلها طلقت، وإن حنث فيه لم تلزمه كفارة لأنه ليس أهلاً لها لكونها عبادة.

٢ ـ يشترط فى المولى منها: أن تكون زوجة حقيقة أو حكمًا بأن تكون فى عدة الطلاق الرجعى عند الحنفية، لأن كلا منهما يحل مخالطتها حتى صحت الرجعة بالفعل باتفاقهم كما قدمنا فى بحث الرجعة.

وتبتدىء العدة من وقت الحلف وتحتسب مدة منها. فإن انتهت العدة قبل مدة الإيلاء سقط لفوات محله، وإن امتدت العدة إلى نهاية مدة الإيلاء كان صحيحًا وطبق الحكم عليه، وامتداد العدة يتصور فيما إذا كانت عدتها بالقروء وامتد بها الطهر فطالت مدة الحيضات الثلاث حتى نهاية الأشهر الأربعة.

وقد يراجعها أثناء العدة من طلاق بائن فلايصح الإيلاء منها إذا اعتدت بالأشهر. أما المعتدة من طلاق بائن فلا يصح الإيلاء منها باتفاقهم، لأنه لا يحل له قربانها حتى يحلف على امتناعه منه، لأنها ليست من نسائه حتى تدخل تحت قوله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾[1] الآية.

ولم يشترط الحنفية فى المرأة المولى منها أكثر من هذا. فيصح الإيلاء من الزوجة دخل بها أو لم يدخل بها صغيرة كانت أو كبيرة يمكن مخالطتها أو لا كأن كانت قرناء أو رتقاء أو فى مكان بعيد لا يمكنه الوصول إليها فى مدة الإيلاء. قالوا: والفىء فى الأحوال التى يتعذر فيها المقاربة يكون بالقول. وهو قول مالك.

---

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٢٦.

المبحث الثانى
فى حكم الإيلاء

إذا حلف الرجل على عدم قربان زوجته على الوجه السابق فإما أن يفىء إليها بأن يفعل المحلوف عليه فى مدة الإيلاء أو لا يفعل.

فإن فعل قبل مضى الأشهر الأربعة بطل الإيلاء ولزمه كفارة اليمين إن كان الحلف باسم الله أو بصفة من صفاته، أو الوفاء بما التزم من صلاة أو صوم أو حج أو تصدق.

هذا إذا كان يقدر على مقاربتها، فإن كان عاجزًا عنها من وقت الإيلاء لعذر كمرضه أو مرضها أو صغرها أو بعده عنها وامتد عجزه إلى آخر مدة الإيلاء[1] يكون فيئه بالقول. كأن يقول: فئت إلى زوجتى أو رجعت عما قلت، وبهذا القول ينحل يمينه بالنسبة للطلاق فلا يقع بمضى المدة بدون مخالطة، كما أنه لا تلزمه كفارة اليمين ولا الأمر الملتزم به بالتعليق لأن المحلوف عليه لم يقع منه فلا حنث، وإنما اعتبر الفىء بالقول لأن وقوع الطلاق لرفع الظلم عنها، وعند العجز يكفى رفع الظلم بالقول حيث لا يستطيع سواه.

وإن لم يفعل ولم يقل ذلك القول حتى انتهت المدة كان بارا فى يمينه فلا كفارة عليه ولكنها تطلق منه طلقة بائنة بمضى المدة عند الحنفية، ولا يحتاج الطلاق لإيقاع منه أو لحكم القاضى به، وبعد وقوع الطلاق ينتهى الإيلاء إذا كان عين هذه المدة عند الحلف.

أما إذا كان الإيلاء مؤبدا، كأن قال لها: والله لا أقربك أبدًا أو لم يصرح بلفظ الأبد فلا ينتهى الإيلاء بوقوع هذا الطلاق بمضى المدة. لأنه لم يوجد الحنث حتى يرتفع به، فإن تزوجها عاد الإيلاء فإن وطئها كفر عن يمينه، وإن لم يفعل حتى مضت أربعة أشهر وقع طلاق آخر، فإن تزوجها ثالثًا ولم يقاربها ومضت أربعة أشهر وقعت طلقة ثالثة فتحرم عليه حتى تتزوج بآخر، فإن تزوجها بعده ولم يقاربها ولا يقع عليه طلاق بذلك الإيلاء لتقيده

---

(١) وإنما شرط امتداد العجز إلى آخر المدة لأنه لو قدر على المقاربة فى أى وقت منها لم يصح فيئه بالقول. فتح القدير جـ ٣ ص ١٩٥.

بطلاق هذا الملك، لأن الإيلاء طلاق مؤجل وينعقد على التطليقات المملوكة له فيه ولم يبق له شيء منها بعد وقوع الثلاث عليها، لكن يلاحظ أنه إذا قاربها فى هذا الزواج لزمته الكفارة لتحقق الحنث فى اليمين بتلك المقاربة وينتهى الإيلاء بذلك(١).

وإنما وقع بائنا عندهم لأنه هنا لتخليص المرأة من الظلم، والرجعى لا يفيد ذلك حيث يملك مراجعتها ثم يعيد الإيلاء وتتكرر المسألة فلا يخلصها إلا البينونة.

والأئمة الثلاثة يوافقون فى أن الفيء فى المدة ينهى الإيلاء ويلزمه الكفارة لهذا الحنث، ولكنهم خالفوهم فى وقوع الطلاق بمضى المدة. فذهبوا إلى أن الزوج إذا لم يفيء إلى زوجته بعد انقضاء الشهور الأربعة فعليه الطلاق، فإن طلق انتهى الأمر، وإن أبى الطلاق طلق عليه القاضى جبراً إذا طلبت الزوجة ذلك والطلاق الواقع هنا رجعى سواء كان من الزوج أو القاضى، لأن الأصل فى الطلاق أن يكون رجعيًا حتى يكون من الشارع ما يدل على أنه بائن.

فهم يخالفون الحنفية فى أمرين. فى أن الطلاق لا يقع بمضى المدة بل لابد من إيقاعه من أحدهما، وفى أن الطلاق لا يكون بائنًا. وعلى الزوج بعدها أحد أمرين. إما الفيء أو الطلاق، فإن فاء إليها فلا يطلب منه شيء، وإن طلق وقع الطلاق رجعيًا، وإن امتنع عن الأمرين كان للزوجة رفع أمرها إلى الحاكم، وعليه ينظره أربعة أشهر أخرى فإذا مضت ولم يفيء فيها خيره الحاكم بين الفيء والطلاق إذا رفعت إليه أمرها بعد انقضائها، فإن امتنع حبسه وضيق عليه فى المطعم والمشرب حتى يفيء أو يطلق، فإذا طلق وقع رجعيًا ولا يملك القاضى أن يجبره على واحد منهما كما لا يملك أن يطلق عليه.

وإذا قاربها فى المدة لزمته الكفارة بشرط أن يكون عندها قاصداً لها، فلو قاربها ناسيا أو مجنونا فيها بطل حكم الإيلاء لتحقق الإصابة ولا تجب الكفارة لعدم الحنث(٢).

وينبغى هنا ملاحظة أن المرأة المولى منها بعد طلاقها يجب عليها أن تعتد عدة المطلقات عند جماهير الفقهاء لأنها مطلقة فتجب عليها العدة كسائر المطلقات وذهب بعض الفقهاء

---

(١) الهداية وحاشيتى فتح القدير والعناية جـ ٣ ص ١٨٧ وما بعدها.

(٢) شرائع الإسلام جـ ٢.

إلى أنه لا يجب عليها العدة إذا كانت قد حاضت فى مدة الأشهر الأربعة ثلاث حيضات وهو مروى عن ابن عباس لأن العدة إنما وضعت لبراءة الرحم وقد حصلت.

وسبب الخلاف كما يقول ابن رشد فى بداية المجتهد: أن العدة جمعت عبادة ومصلحة فمن لحظ جانب المصلحة لم يرَ عليها عدة، ومن لحظ جانب العبادة أوجب عليها العدة.

المعمول به فى مصر:

أما فى مصر فالعمل يجرى على مذهب الحنفية وهو وقوع الطلاق بانتهاء المدة لكن الطلاق يقع رجعيًا، كما ذهب الجمهور لأن القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فى مادته الخامسة يقول: إن كل طلاق يقع رجعيًا إلا ما استثنى، والطلاق الواقع بالايلاء ليس منها فيتفق المعمول به فى الأمرين مع مذهب الأوزاعى فى أن الطلاق يقع بمضى المدة رجعيًا.

* * *

الفصل الرابع
فى الظهار

وهذا نوع من تصرفات الأزواج مع زوجاتهم لا يعتبر طلاقًا ولا فسخًا ولكنه يحرم قربان الزوجة تحريمًا مؤقتًا إلى أن يوجد منه ما ينهيه بعد أن كان يوجب تحريم المرأة تحريمًا مؤبدا فى الجاهلية وهذا التصرف هو الظهار.

الظهار لغة مصدر ظاهر مأخوذ من الظهر. وهو قول الرجل لامرأته: أنت على كظهر أمى[1]، وفى اصطلاح الفقهاء: تشبيه الرجل زوجته بامرأة محرمة عليه على التأبيد أو بجزء منها لا يحل له النظر إليه كالظهر والبطن والفخذ. كأن يقول لها: أنت على كظهر أمى، أو كبطن أختى أو عمتى أو خالتى. يستوى فى ذلك أن تكون المشبهة بها محرمة عليه بسبب النسب أو الرضاع أو المصاهرة. كأن يقول لها: أنت على كظهر امرأة أبى أو زوجة ابنى وغيرها وهذا عند الحنفية والأئمة الثلاثة.

ألفاظه: تتنوع ألفاظ الظهار إلى نوعين صريح وكناية.

فالصريح: ما لا يحتمل إلا الظهار. نحو أنت علىَّ كظهر أمى أو كبطن عمتى وما شاكل ذلك، ويقع به الظهار سواء نوى به الظهار أو الطلاق أو الإيلاء أو ادعى أنه لم ينو به شيئًا.

والكناية: ما يحتمل الظهار وغيره كقوله أنت على كأمى. فإنه يحتمل المماثلة فى التحريم أو المماثلة فى الكرامة، فإذا نوى أيهما صدق فيما ادعاه منهما، فإن قال: نويت الظهار كان ظهارًا، وإن قال: أردت الطلاق فهو طلاق بائن لأنه تشبيه فى الحرمة.

---

(١) قال الكمال بن الهمام فى فتح القدير: وخص الظهر بذلك دون سائر الأعضاء لأنه محل للركوب. ولذلك سمى الركوب ظهرًا فشبهت الزوجة بذلك. وقيل: أن الظهر مجاز عن البطن لأنه إنما يركب البطن وعلاقته المجاورة، وقيل: خص الظهر لأن هذا كان استعمالهم فى الجاهلية.

وإن لم ينوِ به شيئًا فليس بشىء عند أبى حنيفة وأبى يوسف لاحتمال ارادة الكرامة وقال محمد: يكون ظهارًا لوجود التشبيه الذى هو أساس الظهار.

ومن الكناية: أنت على حرام كأمى[١]. فإنه يحتمل الظهار والطلاق نواهما أو أحدهما عومل بنيته، وان ادعى أنه لم ينوِ به شيئًا منهما كان إيلاء عند أبى يوسف لأنه أدنى الحرمتين، وظهارًا عند محمد للتشبيه فيه.

وظاهر أن هذا الحكم لو صدر ممن يعرف الظهار والمراد منه أما لو صدر من العامى الذى لا يعرف معنى الظهار فيتعين أن مراده به الطلاق المؤكد فيصرف إلى الطلاق فى حقه.

شروطه: يشترط لصحة الظهار ليترتب عليه حكمه عند الحنفية.

أولاً: يشترط فى الرجل، أن يكون زوجًا بالغًا عاقلاً مسلمًا[٢]. أى من أهل الكفارة فلا يصح ظهار من الصبى والمجنون والذمى.

ثانيًا: يشترط فى المرأة المظاهر منها: أن تكون زوجة فى زواج صحيح نافذ قائم حقيقة أو حكمًا. فيصح الظهار من المعتدة من طلاق رجعى، ولا يصح من المعتدة من طلاق بائن

---

(١) أما إذا قال لها: «أنت على حرام» فالحنفية يقررون على أن يسأل عن نيته، فإن قال: أردت الكذب فهو كما قال، لأنه نوى حقيقة كلامه. وقيل لا يصدق فى القضاء لأنه يمين ظاهر.

وإن قال: أردت الطلاق فهو تطليقة بائنة إلا أن ينوى الثلاث، وإن قال أردت الظهار فهو ظهار عند الشيخين، وقال محمد ليس بظهار لانعدام التشبيه بالمحرمة وهو الركن فيه. ولهما أنه أطلق الحرمة. وفى الظهار نوع حرمة والمطلق يحتمل المقيد.

وإن قال أردت التحريم أو لم أنو شيئًا فهو يمين يصير به موليا، ومن فقهائهم من يصرف لفظ التحريم إلى الطلاق من غير نية بحكم العرف. راجع الهداية مع فتح القدير جـ ٣ ص ١٩٦، ص ١٩٧.

هذا هو مذهب الحنفية والمسألة فيها اختلاف من لدن الصحابة إلى ما بعد عصر الأئمة وقد حكى ابن القيم من أقوالهم خمسة عشر قولا. ذكرها الشوكانى فى نيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٢٤ وما بعدها، ورجح منها القول بأنه لغو وباطل لا يترتب عليه شىء وهو إحدى الروايتين عن ابن عباس، وبه يقول مسروق وأبو سلمة بن عبد الرحمن وعطاء والشعبى وداود الظاهرى، وأكثر أصحاب الحديث، وهو أحد قولى المالكية، واختاره أصبغ بن الفرج ودليله قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقُولُوا لِمَا تَصِفُ أَلْسِنَتُكُمُ الْكَذِبَ هَٰذَا حَلَالٌ وَهَٰذَا حَرَامٌ﴾.

(٢) لم يشترط الشافعية والحنابلة الإسلام فصححوه من الكافر الذمى، ولكن المالكية يوافقون الحنفية فى هذا الشرط.

ولا من كان زواجها فاسداً أو صحيحًا موقوفًا، لأن كلا منهما حرام عليه بالفعل فلا يكون للظهار منهما معنى.

ثالثًا: يشترط فى المرأة المشبه بها: أن تكون محرمة عليه تحريمًا مؤبدًا(١) بالاتفاق. فلو كانت محرمة عليه مؤقتًا. كأخت زوجته أو عمتها. أو كانت محرمة عليه مؤبداً عند بعض الفقهاء دون الآخرين كأم المرأة التى زنى بها أو بنته من الزنى لم يكن التشبيه ظهاراً على الراجح عند الحنفية.

حكم الظهار: كان العرب فى جاهليتهم يظاهرون من نسائهم ويقصدون بذلك تحريم المرأة تحريمًا مؤبدًا، وما كانت المرأة التى ظاهر منها زوجها لتباح لغيره، بل كانت تصير بهذا الظهار كالمعلقة لا هى بذات زوج تستمتع بالحياة الزوجية ولا هى مطلقة تبحث لها عن زوج آخر.

فكان الظهار لونا من ألوان الإيذاء الذى يلحقه الرجل بالمرأة، فلما جاء الإسلام لم يعرض له أول الأمر حتى ظاهر أوس بن الصامت بعد أن كبرت سنه وضاق خلقه. من زوجته خولة بنت مالك بن ثعلبة بسبب مراجعتها له فى بعض ما أمرها به، ولما هدأت نفسه راودها عن نفسها فأبت عليه ذلك حتى يقضى الله ورسوله فيما وقع بينهما، وذهبت إلى رسول الله ﷺ وأخبرته بما حدث من زوجها بعد أن كبرت سنه ووجود أولاد بينهما لا يستقر لهم قرار مع أحدهما، وكان رسول الله يقول لها: اتقى الله فإنه زوجك وابن عمك وقد كبر فأحسنى إليه، فأخذت تجادله وتشكو إلى الله حالها وما صارت إليه فنزل عليه الوحى بآيات من أول سورة المجادلة وهى قوله تعالى: ﴿قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا وَتَشْتَكِي إِلَى اللَّهِ وَاللَّهُ يَسْمَعُ تَحَاوُرَكُمَا إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ بَصِيرٌ ۝١ الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنكُم مِّن نِّسَائِهِم مَّا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنكَرًا مِّنَ الْقَوْلِ وَزُورًا وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُوٌّ غَفُورٌ ۝٢ وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا ذَلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ۝٣ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن

(١) المذاهب الأخرى تخالف فى ذلك فالحنابلة، لا تشترط التأبيد فلو شبهها بمحرمة عليه مؤقتا كان ظهارا. كشاف القناع جـ ٥ ص ٣٦٩، والشافعية يقيدون بألا يكون تحريمها طارئا على المشبه كأم زوجته وزجة ابنه فإن كان لم يكن ظهارا. شرح المنهاج جـ ٢ ص ١٥ .

يَتَمَاسَّا فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ذَلِكَ لِتُؤْمِنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَلِلْكَافِرِينَ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴾(١).

فلما نزلت هذه الآيات قال لها الرسول: مريه فليعتق رقبة. فقالت لا يجد ذلك يا رسول الله، ثم قال مريه أن يصوم سهرين متتابعين، فقالت هو شيخ كبير لا يطيق الصوم، فقال: مريه ليطعم ستين مسكينًا، فقالت: ما عنده شيء يا رسول الله، فقال: إنا سنعينه بعرق، فقالت: وأنا أعينه بعرق أيضًا، فقال: قد أحسنت اذهبى فأطعمى ستين مسكينًا وارجعى إلى ابن عمك» رواه أبو داود ورواه أحمد بمعناه: العرق: ستون صاعًا من التمر.

وبهذا أبطل الإسلام ظهار الجاهلية وألغى أثره من التحريم المؤبد، فلم يجعله طلاقًا واعتبره منكرًا من القول لأنه عبث، بالحياة الزوجية وظلم للمرأة، وزور لأنه كذب. لهذا عاقبه على ذلك بحرمانه من الاستمتاع بها حتى يكفِّر عما ارتكبه من خطأ بعتق رقبة، فإن لم يجد فبصيام شهرين متتابعين، فإن لم يستطع فبإطعام ستين مسكينًا.

وقد اختلف الفقهاء فى سبب وجوب الكفارة التى عبر عنها القرآن بقوله: ﴿ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا﴾.

فالظاهرية يفسرونه بظاهره من أنه إعادة الظهار فلا كفارة عندهم إلا إذا أعاد الظهار. ولكنه مردود لأن حوادث الظهار التى حدثت فى عهد الرسول لم يستفسر فيها الرسول عن كونه الظهار الأول أو الثانى بل كان يقضى بالكفارة بمجرد ثبوت الظهار.

وأحسن ما قيل فيه: أنه العزم على مقاربتها ورجوعه عن الظهار(٢). وبهذا يقول الحنفية والجعفرية وغيرهم وتكون اللام بمعنى من أو فى وذلك لأن مقتضى الظهار تحريم قربان المرأة، فإذا عزم على قربانها يكون منه رجوعًا عما صدر منه من ظهار، فإذا رفع هذا التحريم وجب عليه التكفير.

---

(١) المجادلة: ١ - ٤.

(٢) وفسره المالكية بهذا فى أحد أقوالهم، وفى قول آخر بأنه العزم على الوطء مع إرادة إمساك العصمة. الشرح الكبير ص ٤٤٦، وفسره الشافعية بأنه إمساكها بعد ظهاره زمن إمكانه فرقة، لأن العود للقول مخالفته. يقال قال فلان قولاً ثم عاد فيه أى خالفه ونقضه وهو قريب من قولهم عاد فى هبته ومقصود الظهار وصف المرأة بالتحريم وإمساكه يخالفه وهذا المذهب الجديد وفى القديم تأويلان العزم على الوطء أو الوطء شرح منهاج الطالبين جـ ٤ ص ١٥.

وعلى هذا يكون موجب الظهار تحريم قربان المرأة ولا يحل له قربانها[1] إلا بعد التكفير بواحد من الأمور الثلاثة مرتبة، فإذا واقعها قبل التكفير كان عاصيا يجب عليه الاستغفار وعدم قربانها مرة أخرى قبل أن يكفِّر لما روى أن رجلاً ظاهر من امرأته ثم واقعها قبل أن يكفِّر وأخبر الرسول بما فعل فقال له: ماحملك على ما صنعت قال: رأيت بياض ساقها في القمر، فقال له الرسول: «استغفر الله ولا تعد حتى تكفِّر».

وذهب الجعفرية إلى أنه لو فعل ذلك لزمه كفارتان، وإن كرر مقاربتها تكررت الكفارة، ولا أدري لهم وجها في ذلك مع صراحة الحديث السابق.

فإن كفر الرجل حلت له زوجته، وإن امتنع عن التكفير وصبرت المرأة فلا شأن لأحد به حيث إن المرأة لم تشك من ذلك، وعليها أن تمنعه من نفسها حتى يكفِّر.

فإن رفعت أمرها إلى القاضي ألزمه بالتكفير أو الطلاق رفعا للظلم الواقع على المرأة، وله أن يحمله على ذلك بالحبس فإن أبى ضربه، وإن ادعى أنه كفر صدق في دعواه ما لم يكن معروفا بالكذب.

تتمة: لو كرر الظهار قبل التكفير وجب عليه كفارة واحدة سواء صدر منه الظهار المكرر في مجلس واحد أو في مجالس متعددة. نوى به التأكيد أو الاستئناف أو لم ينوِ به شيئًا منهما، لأن ما بعد الأول قول لم يحدث تحريما للزوجة فلم يجب به كفارة ظهار كاليمين بالله تعالى، وإن ظاهر ثم كفر ثم ظاهر مرة ثانية وجبت عليه كفارة للظهار الثاني لأنه ظاهر بعد ما حلت له.

* * *

---

(١)واتفق الفقهاء على أنه يحرم منها المقاربة، واختلفوا فيما دونه من المس والنظر بشهوة والتقبيل فحرمه البعض كمالك وأبي حنيفة ولم يحرمه البعض كالشافعي وأحمد. وسبب اختلافهم الاختلاف في تفسير التماس الوارد في الآية.

الباب الثالث
التفريق بواسطة القضاء

تمهيد:

قدمنا أن الطلاق حق للزوج لمعان شرحناها فى غير موضع، وإنه يملك إيقاعه بنفسه أو ينيب عنه غيره بتوكيل أو تفويض، وإن الشارع الحكيم راعى جانب الزوجة، فشرع لها الافتداء بالمال إذا كرهت زوجها، وملأ البغض قلبها، ووجدت أن حياتها معه لا تحتمل لتحصل الموازنة بين الجانبين.

ولما كان هذا القدر لا يرفع الحرج كله عن المرأة، فقد لا يرضى الزوج بقبول الفدية، وقد تكون المرأة عاجزة عن دفع البدل الذى يطلبه الرجل، كما أن تضرر المرأة من الحياة الزوجية لا يقتصر على مجرد كراهيتها لزوجها، فقد تطرأ أمور أخرى تدعوها إلى طلب الطلاق.

لذلك فتحت الشريعة لها باب الخلاص وإن لم يرضَ به الزوج، فجعلت لها حق اللجوء إلى القاضى ليطلقها، وأوجبت على القاضى الاستجابة لها متى وجد السبب المتقضى لما طلبت وامتنع الزوج عن المفارقة بالمعروف.

وقد اتفق الفقهاء على بعض أسباب طلب الطلاق واختلفوا فى بعضها الآخر، وسنعرض لتلك الحالات التى يقوم فيها القاضى بالتفريق بين الزوجين بالتطليق حسبما يجرى عليه العمل فى مصر مع بيان مصدر ذلك من أقوال الفقهاء.

ففى مصر يقوم القاضى بالتفريق فى حالات خمس، نص القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ على اثنتين منها، وهما التفريق لعدم الإنفاق، والتفريق للعيب، والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على باقيها، وهى التفريق للضرر وسوء العشرة، والتفريق لغيبة الزوج بدون عذر، والتفريق لحبسه. وسنخصص لكل منها فصلاً.

الفصل الأول
فى التفريق لعدم الإنفاق

إذا لم تحصل الزوجة على نفقتها الواجبة بسبب من قبل الزوج كعسرة أو امتناعه عن الانفاق، فإن كان له مال ظاهر أو عند شخص آخر، وأثبتت الزوجة ذلك بأى وسيلة لم يكن لها طلب التفريق بهذا السبب لإمكان حصولها على حقها. كما قدمنا.

أما إذا لم تتمكن من الحصول عليها لعسره أو لغيبته التى لا يعلم معها مكان ماله، أو لامتناعه عن الإنفاق مع قدرته، فهل يكون لها حق طلب التفريق فى هذه الحالة؟

اختلف الفقهاء فى ثبوت هذا الحق لها. فالحنفية يذهبون إلى عدم ثبوته، بل لها أن تطلب من القاضى الإذن لها بالاستدانة عليه إن كان معسرا أو غائبا، وجبره على الإنفاق إن كان ممتنعًا عن الإنفاق وتهديده بالحبس أو التعزير إن لم يفعل.

والأئمة الثلاثة «مالك والشافعى وأحمد» جعلوا لها حق طلب التفريق، وعلى القاضى إجابتها لطلبها متى ثبتت صحة دعواها. على اختلاف بينهم فى التفصيلات. وهناك ابن القيم يجيز للزوجة طلب التفريق إن كان الزوج قد غرها، وليس لها ذلك إن لم يكن قد غرها.

استدل الحنفية على ما ذهبوا إليه بالأدلة الآتية:

١ ـ أنه لم يرد دليل صريح من كتاب الله أو سنة رسوله أو أقوال أصحابه يدل على جواز التفريق لعدم الإنفاق. لذلك لم يؤثر عن رسول الله أنه فرق بين زوج وزوجته بهذا السبب مع كثرة المعسرين من أصحابه، ولو كان ذلك مبيحًا للتفريق لقضى به ولو فى قضية واحدة أو لبين للزوجة أن لها هذا الحق.

٢ ـ أن الله أمر الأزواج بأن ينفق كل واحد منهم ما استطاع فى قوله: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلاَّ مَا آتَاهَا﴾[1]، فمن أعسر بنفقة زوجته غير مكلف بدفع النفقة فى الحال لأنه غير مكلف بدفع ما ليس عنده.

٣ ـ إن عدم الإنفاق إن كان للعسر لا يكون الزوج ظالمًا فيه وعلى صاحب الدين وهو

(١) الآية ٧ من سورة الطلاق.

الزوجة إنذاره إلى حين اليسار لقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾[١]، وان كان مع القدرة كان ظالمًا ويجب رفع ظلمه ولا يتعين التفريق طريقًا لذلك لإمكان دفعه ببيع ماله إن عرف مكانه أو بحبسه لحمله على الانفاق أو إظهار ماله الذى أخفاه مع ما فى الدفع بهذا الطريق من المراعاة للجانبين معا.

واستدل الأئمة الثلاثة ومن وافقهم بجملة أدلة:

أولاً: بآيات من كتاب الله منها قوله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾[٢]، وقوله: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا﴾[٣] وقوله: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾[٤]، وقالوا إن إمساك الزوجة مع عدم الإنفاق فيه ضرر كبير يتنافى مع ما أمر الله به من الإمساك بالمعروف بل هو إمساك لأجل الضرار فيما إذا كان موسرا وممتنعا عن الإنفاق مع أنه منهى عنه، فيجب عليه التسريح بالإحسان بأن يطلقها، فإذا لم يفعل ناب عنه القاضى فيه رفعًا لظلمه ودفعا للضرر عن المرأة.

ثانيًا: بقوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار» الذى يفيد بعمومه منع الشخص من أن يلحق الضرر بغيره أو يتضار الشخصان فيضر كل منهما صاحبه.

ثالثًا: أنه إذا وقع الإتفاق على جواز التفريق بالعيب الذى لا يفوت معه إلا المتعة فيجوز التفريق بعدم الإنفاق الذى تقوم به الحياة من باب أولى.

والفرقة هنا طبقًا لهذا الرأى طلاق رجعى. ولكن الذى يبدو من أدلة المجيزين للتفريق أنها لا تفيد أكثر من أن الإمساك ضرار منهى عنه لأنه ظلم يلحق بالزوجة الضرر، وهذا لا يتحقق إلا فى صورة الامتناع عن الإنفاق مع يساره، ومن يفعل ذلك يكشف عما فى نفسه من أنه لا يريد معاشرة زوجته ويقصد بامتناعه عن الإنفاق مضايقتها لتفتدى نفسها منه بالمال أو يكون صاحب نفس شريرة، ومثل هذا يكون من الخير التفريق بينه وبين زوجته فإن لم يقم هو بذلك ناب عنه القاضى.

---

(١) الآية ٢٨٠ من سورة البقرة.
(٢) الآية ٢٢٩ من سورة البقرة.
(٣) الآية ٢٣١ من سورة البقرة.
(٤) الآية ١٩ من سورة النساء.

أما المعسر الذى طرأ عليه الإعسار فليس ظالمًا حتى يتدخل القاضى لرفع ظلمه بالتطليق عليه، ومعلوم أن العسر واليسر بيد الله سبحانه: ﴿يَبْسُطُ الرِّزْقَ لِمَن يَشَاءُ وَيَقْدِرُ﴾.

وقد ذهب ابن القيم إلى أنه لا حق للمرأة فى التفريق بسبب إعسار الزوج إلا إذا أغرها عند الزواج وتراءى لها باليسار كذبًا أو كان ذا مال فترك الإنفاق عليها وعجزت عن أخذ كفايتها من ماله بوسيلة من الوسائل الممكنة، أما إذا تزوجته عالمة باعساره أو تزوجته موسراً فأعسر فلا حق لها فى طلب الفرقة، لأنه يتنافى مع فضائل الوفاء والتراحم والتعاون على الحياة ثم قال: وقد جعل الله الفقر والغنى مطيتين للعباد فيفتقر الرجل الوقت ويستغنى الوقت، فلو كان كل من افتقر فسخت عليه امرأته لعم البلاء وتفاقم الشر وفسخت أنكحة أكثر الناس وكان الفراق بيد النساء فمن الذى لم تصبه عسرة ولم تعوزه النفقة أحيانًا»[١].

والفرقة على رأى ابن القيم فسخ للزواج للغرر وليس طلاقًا.

ما عليه العمل الآن فى مصر:

فى مصر كان العمل يجرى بمقتضى المذهب الحنفى إلى أن صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ فأوجب العمل بما يخالفه. وهو فى جملته مأخوذ من مذهب مالك.

ويقضى هذا القانون فى مواده ٤، ٥، ٦ وما تبع ذلك من منشورات وزارية موضحة له بما يأتى:

١ ـ إذا كان للزوج مال ظاهر: «يمكن التنفيذ فيه بالطرق المعهودة» نفذ الحكم عليه بالنفقة فى ماله سواء أكان حاضراً أم غائبًا، ولا موضع فى هذه الحالة لطلب التفريق لعدم الانفاق، ويقوم مقام مال الزوج مال الكفيل بالنفقة إذا كان ماله ظاهرًا يمكن تنفيذ حكم النفقة فيه، كما جرى عليه عمل القضاة عند تطبيقهم لهذا القانون، لأن الزوجة ستحصل على حقها ويندفع عنها الضرر فلا يكون لها حق طلب التطليق.

٢ ـ إذا لم يكن له مال ظاهر وكان حاضراً وصدر عليه حكم بالنفقة ولم ينفق فللزوجة

---

(١) زاد المعاد جـ ٤ ص ٣٢٣.

حق طلب التطليق، فإذا طلبته عرض الأمر على الزوج فإن ادعى الإعسار وأثبته بطريق من طرق الإثبات أو صادقته الزوجة على دعواه أمهله القاضى مدة لا تزيد على شهر فإن لم ينفق فيها طلق عليه القاضى بقوله: «طلقتك منه».

وان ادعى الإعسار ولم يثبته أو ادعى اليسار وأصر على عدم الإنفاق أو سكت عن بيان حاله من يسار أو إعسار وأصرت على طلب التفريق طلق عليه فى الحال دون إمهال، لأن امتناعه عن الإنفاق فى هذه الأحوال دليل على أنه يقصد الإعنات والإضرار بالزوجة فلا فائدة فى إمهاله حيث لم يثبت إعساره بخلاف الصورة الأولى التى أثبت فيها إعساره لأنه معذور فيمهل ربما تبدل حاله.

٣ ـ إذا لم يكن له مال ظاهر وكان غائبًا. فإن كانت غيبته قريبة بأن كان فى مكان يسهل وصول قرار المحكمة إليه فى مدة حددت بما لا يتجاوز تسعة أيام(١). أعذر إليه القاضى بالطرق المقررة فى لائحة التنفيذ وضرب له أجلاً تقدر مدته بحسب ما يراه القاض ويعلنه به ويقول له: إحضر للإنفاق أو ارسل النفقة لزوجتك ويبين له أنه سيطلق عليه امرأته إذا لم تصلها النفقة فى الأجل المضروب، فإن لم يحضر للإنفاق عليها ولم يرسل إليها النفقة وتحققت المحكمة من وصول الإعذار إليه طلق عليه القاضى بعد مضى الأجل وإثبات الزوجة وقائع دعوى «الزوجية. وغيبة زوجها. وعدم إنفاقه».

والمسجون المعسر بالنفقة يعامل تلك المعاملة بأن ترسل له المحكمة إعذاراً بإرسال النفقة فإن لم يفعل طلق عليه، وإن كانت الغيبة بعيدة لا يسهل وصول قرار المحكمة إليه، أو كان مجهول المكان. أو كان مفقوداً لا تعلم حياته من وفاته طلق عليه القاضى بدون إعذار ولا إمهال متى ثبتت الزوجية والغيبة وأنه لا مال له تنفق منه. ويعتبر هذا التطليق طلقة رجعية إذا كان بعد الدخول ولم يكن مكملاً للثلاث. فللزوج أن يراجع زوجته فى أثناء عدتها إذا أثبت يساره واستعد للإنفاق، وإن كان القضاة لا يكتفون بمجرد إظهار الاستعداد بالقول بل لابد من دفع النفقة الواجبة عليه، فإذا لم يثبت اليسار أو لم يدفع ما وجب عليه لا تصح رجعته.

ولكن يلاحظ أن هذا القانون لم يتعرض لبيان الإعسار الذى يترتب عليه التطليق بيانًا

(١) هذا التحديد مرجعة مذهب الإمام مالك وهو المصدر لهذا التشريع حيث أنه جمل حد الغيبة البعيدة بمن كانت على مسيرة عشرة أيام أو كان مجهول المكان. فاعتبر القانون من تصل إليه الرسائل فى مدة لا تتجاوز تسعة أيام قريب الغيبة ومن كانت تصله فى أكثر منها بعيد الغيبة. ولم يلاحظ تطور المواصلات وسرعة وصول الرسائل وعدمها.

كافيًا غير ما يؤخذ من الإطلاق فى المادتين ٤، ٥ فى الإنفاق والنفقة الذى يتبادر منه أن المراد به الإعسار عن النفقة الواجبة للزوجة. مع أن مذهب مالك الذى اعتمد عليه القانون يفسره بأنه الإعسار عن النفقة الضرورية الحاضرة والمستقبلة لا النفقة الماضية، فلو كان قادراً على الإنفاق بقدر الضرورة عاجزاً عن إتمام الواجب عليه لا يطلق القاضى عليه كما سبق بيانه عند الكلام عن النفقة. وكان الواجب أن يفسر الإعسار المراد أو يحيل على المذهب الذى أخذ منه الحكم.

وترتب على عدم التفسير أو الإحالة أن جرى عمل القضاة على أن الإعسار يتحقق بالعجز عن دفع النفقة المحكوم بها عليه لأنهم لايبيحون له مراجعة امرأته فى العدة إلا إذا أثبت يساره ودفع المطلوب منه حالاً واستعد للإنفاق فى المستقبل، ويطبق على النفقة الماضية حكم دين النفقة وهى أنها لا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء.

كما أن القانون لم يعرض لمسألة ما إذا تطوع شخص بالإنفاق على الزوجة حتى يوسر الزوج. ومذهب مالك فى ذلك أنه يسقط حقها فى طلب الطلاق إذا تطوع بها شخص آخر سواء كان قريبًا للزوج أو أجنبيًا عنه لاندفاع حاجتها بذلك[1].

كما لم يعرض القانون لحكم ما إذا تزوجته معسراً عالمة بإعساره مع أن مذهب مالك لا يرى لها حقا فى طلب التفريق فى هذه الحالة، لأنها رضيت بالمقام معه على هذه الحال لإسقاطها حقها على ما هو المشهور فى المذهب.

كل هذه المسائل كان يجب على المشرع تجليتها أو يحيل فيها على مذهب مالك الذى استند إليه حيث لا تفيد فيها الإحالة على المذهب الحنفى الذى يعتبر المرجع العام لكل ما سكت عنه القانون لعدم وجود أحكام لهذه المسائل فيه لأنه لا يرى التطليق لعدم الإنفاق وهذه المسائل متفرعة عليه.

* * *

(١) والشافعية يفرقون فى المتطوع فإن كان أصلاً لزوجها وهو فى عياله سقط حقها بذلك لأن إنفاقه عليها كإنفاق الزوج فلا منة عليها. أما إذا كان المتطوع غير ذلك فلا تجبر على قبول النفقة منه ولا يسقط حقها كذلك لأنها تأبى عند غير زوجها أو أهله بالإنفاق عليها.

الفصل الثانى
فى التفريق للعيب

المراد بالعيب هنا نقصان بدنى أو عقلى فى أحد الزوجين يجعل الحياة الزوجية غير مثمرة أو قلقة لا استقرار فيها. وقد اختلف الفقهاء فى التفريق بالعيب إختلافًا كثيرًا متشعبًا فاختلفوا أولاً فى أنه موجب للتفريق.

فذهب الظاهرية إلى أنه لا يفرق بين الزوجين بالعيب أيًا كان نوعه. سواء كان موجودًا بأحد الزوجين قبل العقد أو بعده، لأنه ليس فيه دليل من كتاب أو سنة، وكل ما ورد بشأنه أقوال عن الصحابة. وهى لا تخرج عن كونها آراء اجتهادية لا تصلح للاحتجاج بها ـ هكذا قالوا ـ وقد اختار هذا الرأى الشوكانى فى نيل الأوطار ورجحه.

وإلى عكس ذلك ذهب شريح القاضى وابن شهاب الزهرى وأبو ثور فقالوا: إن كل عيب بأحد الزوجين لا يحصل معه المقصود بالزواج من التناسل أو توافر المودة والرحمة بينهما أو يحدث النفرة بينهما يوجب الخيار للطرف الآخر، لأن العقد تم على أساس السلامة من العيوب، فإذا انتفت السلامة فقد ثبت الخيار.

وقد اختار هذا الرأى ابن القيم فقال: «إن الاقتصار على عيبين أو ستة أو سبعة أو ثمانية دون ما هو أولى منها أو مساويًا لها لا وجه له، فالعمى والخرس والطرش وكونها مقطوعة اليدين أو الرجلين أو أحدهما أو كون الرجل كذلك من أعظم المنفرات، والسكوت عنه من أقبح التدليس والغش وهو منافٍ للدين، والإطلاق فى العقد إنما ينصرف إلى السلامة فهو كالمشروط عرفًا، وقد قال عمر بن الخطاب رضى الله عنه لمن تزوج امرأة وهو لا يولد له: أخبرها أنك عقيم وخيرها.

وتوسط جمهور الفقهاء بين الرأيين فقرروا أن ليس كل عيب يصلح سببًا لطلب التفريق بل العيوب التى تخل بالمقصود الأصلى من الزواج، أو يترتب عليها ضرر لا يحتمله الآخر. وبعد إتفاقهم على هذا اختلفوا فى أمور:

الأول: من يثبت له هذا الخيار. أهو كل من الزوجين أم الزوجة وحدها؟

فذهب الحنفية إلى أن يثبت للزوجة فقط، لأن الزوج يستطيع دفع الضرر عن نفسه بالطلاق الذى ملكه الله إياه، ولا داعى لرفع الأمر للقضاء لما فيه من التشهير بالمرأة أما الزوجة فلا تملك الطلاق فيتعين إعطاؤها حق طلب التفريق لتدفع به الضرر عن نفسها.

وذهب الأئمة الثلاثة إلى أن هذا الحق يثبت لكل من الزوجين فيجوز للزوج طلب التفريق إذا وجد بزوجته عيبًا يمنع الاتصال الجنسى كالرتق والقرن والعفل والإفضاء[1] أو وجدها مجنونة أو بها جذام أو برص، لأنه يتضرر بذلك ولا يستطيع معاشرتها مع وجود تلك العيوب كما يثبت لها هذا الحق إذا وجدت بزوجها عيبًا.

الثانى: فى عدد العيوب الموجبة للتفريق:

فذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلى أنها العيوب التى تمنع التناسل وهى ثلاثة: أن يكون الرجل عنينًا أو مجبوبًا أو خصيًا[2]. لأن الغاية من الزواج حفظ النسل، فإذا لم يكن الزوج صالحا للتناسل استحال تحقيق المقصود من العقد أما غير هذه العيوب فهى لا تمنع تحقق هذا المقصود ويكفى تحققه فى الجملة.

وزاد محمد بن الحسن ثلاثة عيوب أخرى وهى: الجنون والجذام والبرص. والأئمة الثلاثة وافقوه عليها وزادوا غيرها، فعدها المالكية ثلاثة عشر بعضها خاص بالرجل وبعضها خاص بالمرأة، وبعضها مشترك بينهما، وزاد الحنابلة عيوبًا أخرى.

الثالث: فى نوع التفريق الواقع بالعيب. هل هو فسخ أو طلاق؟

فالحنفية والمالكية طلاق بائن، لأن فعل القاضى يضاف إلى الزوج فكأنه طلقها بنفسه، وإنماجعل بائنا لأن المقصود منه دفع الضرر عن المرأة ولايحصل ذلك إلا بالطلاق البائن.

الشافعية والحنابلة فسخ، لأن الفرقة جاءت من قبل الزوجة.

---

(١) الرتق: انسداد موضع الاتصال الجنسى سواء كان الانسداد بعظم أن بغدة لحم. والقرن: شىء، يبرز فى هذا الموضع كقرن الشاة يمنع من الاستعمال، والعفل: لحم يبرز من موضع الاتصال يشبه الأدرة للرجل، والإفضاء: اختلاط المسلكين بالمرأة.

(٢) العنين: من له آلة صغيرة أو كبيرة لا يستطاع المخالطة بها، والمجبوب: مقطوع الذكر والخصيتين، والخصى: مقطوع الأنثيين فقط، وقيد الشافعية كونه عيبًا بما إذا كان لا ينتصب.

أما إذا كان العيب فى الزوج فظاهر، وأما إذا كان فيها والزوج هو الذى طلب التفريق فقد كانت هى السبب فى طلبه، والفرقة إذا جاءت من قبل الزوجة تعتبر فسخًا لا طلاقًا ويظهر أثر هذا الخلاف فى نقصان عدد الطلاق به إذا جعل طلاقًا، وعدم نقصانه به إن كان فسخا، وفى وجوب نصف المهر إذا كان قبل الدخول أوعدم وجوبه.

الرابع: هل هذا الحق يثبت لصاحبه على الفور بمجرد العلم به فيسقط بسكوته عنه فترة من الزمن يستطيع فيها رفع الأمر إلى القاضى وإليه ذهب المالكية والشافعية والجعفرية. أو هو ثابت على التراخى فلا يسقط بمجرد السكوت بل لابد من الرضا به صراحة أو دلالة كما يقول الحنفية والحنابلة. حتى لو رفعت الدعوى ثم تركتها مدة لا يسقط حقها ويكون لها رفعها من جديد إلا إذا خيرها القاضى بعد ثبوت حقها فى التفريق وسكتت فإنه يسقط حقها لأن عليها الاختيار فى مجلس التخيير.

الخامس: هل يشترط فيمن يطلب التفريق للعيب أن يكون خاليًا من العيوب أو لا يشترط ذلك؟

من الفقهاء من جعله شرطا كالحنفية، ومنهم من لم يجعله شرطًا كالمالكية والشافعية.

ما يجرى عليه العمل فى مصر الآن:

لما صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ جاز لها طلب التفريق بكل عيب من العيوب المنفرة أو الضارة وقد مثل لها بالجنون والجذام والبرص واشترط فيه **أولاً**: أن تكون من العيوب المستحكمة التى لا يرجى شفاؤها أو يمكن شفاؤها ولكن بعد زمن طويل أو لا يمكن المقام إلا بضرر يلحق الزوجة. وأحال الفصل فى ذلك إلى أهل الخبرة من الأطباء.

وثانيًا: ألا تكون المرأة عالمة به عند العقد أو رضيت به بعد علمها، فإن رضيت به صراحة أو دلالة كأن طالبته بالنفقة مثلاً بعد حدوث العيب أو علمها به لم يكن لها طلب التفريق وكذلك إذا حدث العيب بعد العقد ولكنها رضيت به صراحة أو دلالة جاء ذلك فى المواد ٩، ١٠، ١١ ونصها:

مادة ٩ : «للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيبًا مستحكمًا لا يمكن البرء منه أو يمكن بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر كالجنون والجذام

والبرص سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أم حدث بعد العقد ولم ترض به، فإن تزوجت عالمة بالعيب أو حدث بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها فلا يجوز التفريق».

مادة ١٠ : «الفرقة بالعيب طلاق بائن».

مادة ١١ : «يستعان بأهل الخبرة فى العيوب التى يطلب فسخ الزواج من أجلها».

فهذه المواد فتحت أمام المرأة باب العيوب التى تطلب التفريق بها، وهذا حسن وجميل لأن الحياة الزوجية قوامها الاستقرار وهو لا يوجد مع عيب من تلك العيوب التى وصفها.

ملاحظاتنا على هذا القانون:

أولاً: إنه اعتبر المرض الذى يرجى الشفاء منه بعد زمن طويل من دواعى طلب المرأة التفريق. غير أنه لم يحدد الزمن الذى يعتبر طويلاً حتى يحق لها الطلب والذى لا يعتبر طويلا فلا يحق لها الطلب، بل ترك ذلك التقدير لأهل الخبرة[1] وهم عادة يختلفون فيقع القضاة فى حيرة عند اختلافهم.

وكان الأجدر به أن يحدد ذلك بزمن منضبط كما حدد فقهاء الصحابة الزمن الذى يؤجل له العنين بسنة، وفقهاء المالكية المجذوم والأبرص بسنة إذا كان يرجى برؤه فيها[2]. فينص على أن القاضى يؤجل الحكم سنة إذا قرر الطبيب إمكان البرء من المرض فى أقل من سنة ويفرق فى الحال إذا قرر أكثر من ذلك.

ثانيًا: أنه مع توسعه فى إثبات الحق للمرأة لم يجعل للزوج هذا الحق إكتفاء بما له من حق الطلاق جريًا على مذهب الحنفية، وكان من العدل أن يجعل له هذا الحق كما ذهب إليه الأئمة الثلاثة، لأن الزوج يتضرر إذا وجد زوجته مريضة بمرض لا يتمكن من معاشرتها معه وبخاصة إذا وجده كان موجوداً عند العقد فتكون قد غرته، واستعمال حقه فى الطلاق يكلفه المال وهو فى غنى عن دفعه ما دامت هى التى تسببت فيه، ولأنه تزوج ليعيش مع زوجته طول حياته لا ليطلقها.

---

(١) فيرجع إليهم القاضى ليسألهم عن مدى الضرر المنتظر من هذا المرض ومن إمكان البرء منه وعدم إمكانه وعن المدة التى يمكن البرء فيها.

(٢) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى جـ ٢ ص ٢٧٩.

كان من العدل أن يجعل له حق الفسخ بكل عيب دلس عليه فيه عند العقد حتى لا يتخذ التدليس والخداع وسيلة للحصول على المال.

فأما العيوب الحادثة بعد العقد فيكفيه لدرء ضررها ما يملك من حق الطلاق، وهذه الحالة هى التى تستحق المرأة فيها الستر عليها وعدم التشهير بها وهو مذهب المالكية.

نوع الطلاق الذى يوقعه القاضى بسبب العيب:

الطلاق الذى يوقعه القاضى بسبب العيب هو طلاق بائن لا يجوز أن يراجع زوجته إلا برضاها وبعقد ومهر جديدين إذا لم يكن مكملاً للثلاث.

وهذا ما نصت عليه المادة العاشرة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠.

* * *

الفصل الثالث
فى التفريق للضرر وسوء العشرة

يرد بالضرر هنا ما يلحقه الزوج بزوجته من أنواع الأذى التى لا تستقيم معها العشرة الزوجية كضربه إياها ضربًا مبرحًا وشتمها شتما مقذعا، وإكراهها على فعل ما حرم الله، وهجرها لغير التأديب مع إقامته فى بلد واحد معها أو أخذ مالها وما شاكل ذلك.

فإذا حدث ذلك فهل للزوجة أن تطلب التفريق أو لا؟

اختلف الفقهاء فى ذلك بناء على إختلافهم فى المراد بآية بعث الحكمين وصحة بعض الآثار عن فقهاء الصحابة.

فذهب الحنفية والشافعى فى أحد قوليه وأحمد فى إحدى الروايتين عنه إلى أنه ليس لها طلب التفريق، لأن الحياة الزوجية لا تخلو من ذلك عادة. فعليها أن تطلب من القاضى زجره ليمتنع عن ذلك أو تعزيره بما يراه رادعًا له إن لم يمتنع، فإن اشتد النزاع وخيف وقوع الشقاق بينهما بعث القاضى حكمين ليقوما بالإصلاح بينهما عملاً بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾[1].

قالوا: إن هذه الآية قصرت عمل الحكمين على محاولة الإصلاح بين الزوجين ولم تجعل لهما حق التفريق، فيبقى هذا على الأصل للزوج وحده إلا إذا وكلهما بذلك حيث لا كتاب ولا سنة ولا أثر يدل على ثبوت هذا الحق لغيره.

وذهب المالكية والأوزاعى والشافعى فى قوله الآخروأحمد فى الرواية الأخرى إلى أن لها الحق فى طلب التفريق، وليس فى الآية ما يمنع ذلك، بل من يمعن النظر فيها يجدها جعلت لهما هذا الحق، لأن الله سماهما حكمين وجعل حق بعثهما لغير الزوجين فليسا مجرد وكيلين إذ لو أراد ذلك لقال: «فابعثوا وكيلاً عنه ووكيلاً عنها ولما قصرهما على أهله وأهلها، لأن الموكل له أن يوكل عنه من يشاء، وإذا كانا حكمين فهما بمعنى الحاكمين

(١) الآية ٣٥ من سورة النساء.

فيثبت لهما حق الحكم ولا حكم هنا إلا بالتفريق إذا تعذر الإصلاح. وقد ثبت أن عثمان أرسل حكمين وقال لهما: إن رأيتما أن تفرقا ففرقا.

وروى عن ابن عباس أنه قال فى الحكمين: فان اجتمع أمرهما على أن يفرقا أو يجمعا فأمرهما جائز.

وتفصيل مذهب المالكية ـ الذى أخذ به القانون ـ فى ذلك.

أن للمرأة أن تطلب من القاضى التفريق إذا أساء الزوج معاملتها فإن ثبتت دعواها بإقرار الزوج أو بشهادة رجلين ولو بسماعهما من الجيران فرق القاضى بينهما.

وإن لم تستطع إثباتها رفض دعواها، فإن تكررت شكواها بعث القاضى حكمين للإصلاح بينهما، ويشترط فى الحكمين أن يكونا رجلين عدلين رشيدين عالمين بالمطلوب منهما شرعا فى هذه المهمة، ويكون أحدهما من أهله والآخر من أهلها إن أمكن، فإن لم يجد من أهليهما من يصلح لذلك بعث حكمين أجنبيين ممن لهم صلة بالزوجين.

فإذا توصل الحكمان إلى الصلح بينهما انتهت المسألة، وإن لم يستطيعا ذلك فإن كان الزوج هو المسيىء أو الأكثر إساءة فرق الحكمان بينهما بدون عوض، وإن كانت الزوجة هى المسيئة أو أكثر إساءة فهما مخيران بين الإبقاء على الزوجين وأمرا الزوج بالصبر وحسن المعاملة وبين خلع المرأة منه فى نظير عوض، وإن كانت الإساءة منهما على السواء كان لهما أن يفرقا بدون عوض أو يخلعاها بعوض يسير، ويقع بهذا التفريق طلاق بائن.

المعمول به فى مصر الآن:

فى مصر كان العمل بمذهب أبى حنيفة لا تفريق بين الزوجين بهذا السبب حتى صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فيجوز التطليق للضرر أخذاً بمذهب الإمام مالك. جاء ذلك فى ست مواد من ٦ إلى ١١ وهى تنص على الآتى:

مادة ٦ : إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما يجوز لها أن تطلب من القاضى التفريق، وحينئذ يطلقها القاضى طلقة بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما، فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضى حكمين وقضى على الوجه المبين بالمواد ٧، ٨، ٩، ١٠، ١١.

مادة ٧: يشترط فى الحكمين أن يكونا رجلين عدلين من أهل الزوجين إن أمكن وإلا فمن غيرهم ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهما.

مادة ٨: على الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ويبذلا جهدهما فى الإصلاح فإن أمكن على طريقة معينة قرراها.

مادة ٩: إذا عجز الحكمان عن الإصلاح وكانت الإساءة من الزوج أو منهما أو جهل الحال قررا التفريق بطلقة بائنة.

مادة ١٠: إذا اختلف الحكمان أمرهما القاضى بمعاودة البحث فإن استمر الخلاف بينهما حكَّم غيرهما.

مادة ١١: على الحكمين أن يرفعا إلى القاضى ما يقررانه وعلى القاضى أن يحكم بمقتضاه.

فقد بينت هذه المواد أن المرأة إذا ادعت أن زوجها يلحق بها ضرراً لا يستطاع معه دوام العشرة وأثبتته، وطلبت التفريق بينها وبين زوجها إستجاب لها القاضى وفرق بينهما بطلقة بائنة إذا لم يستطع الإصلاح بينهما.

فإذا لم تثبت دعواها رفضها، فإن تكررت شكواها بعث حكمين رجل من أهلها وآخر من أهله ان أمكن، فإن لم يوجد من أهلهما من يصلح لذلك بعث حكمين من غيرهما ممن لهم خبرة بحالهما وعندهما أهلية للقيام بهذا الأمر.

فإذا قام الحكمان بمهمتهما وتوصلا إلى الإصلاح على أى وجه قرراه قضى به القاضى، وان عجزا عن الإصلاح وكانت الإساءة من الزوج أو منهما أو جهل الحال قررا التفريق بطلقة بائنة ورفعا الأمر إلى القاضى ليحكم بمقتضاه.

وإن اختلف الحكمان أمرهما بمعاودة البحث فإن استمر الخلاف بينهما حكَّم غيرهما. وأنت ترى أنه أقر مبدأ التفريق ولكنه بناه على أن تكون الإساءة من الزوجين أو من الزوج وحده أو جهل مصدرها، ولم يعرض لما إذا كانت الإساءة من قبل الزوجة وحدها، بل تركها عمداً دفعًا لمفسدة تترتب عليها صرحت بها المذكرة الإيضاحية بقولها: «لئلا يكون اعتبارها داعيًا إلى إغراء المرأة المشاكسة لفصم عروة الزوجية بلا مبرر».

ولكنا نرى أن ترك المرأة المشاكسة بدون تفريق ليس فيه محافظة على الحياة الزوجية. بل قد يؤدى إلى العكس، لأنها ستستمر فى فعلها لأنها تعلم أن الزوج سيضطر آخر الأمر إلى تطليقها بدون عوض.

ولو أخذ القانون بمذهب مالك فى هذه الحالة وجعل للحكمين حق التفريق بالخلع لتعويض الزوج عما بذل من مال لكان ذلك قطع الطريق على من يتخذ من النساء مضارة الأزواج وسيلة إلى الفراق بالطلاق بدون عوض.

ويلاحظ أن القانون لم يأخذ بمذهب مالك حرفيا الذى يجعل للحكمين حق التفريق بدون الرجوع للقاضى، بل جعل هذا الحق للقاضى بناء على إقتراحهما، وهذا فيه احتياط حيث يجعل للقاضى فرصة لمناقشة الحكمين فى قرارهما مما يؤدى إلى تعديله لمصلحة الحياة الزوجية.

نوع الطلاق الذى يوقعه القاضى للضرر:

الطلاق الذى يوقعه القاضى بناء على الضرر الواقع على الزوجة الذى ثبت بالبينة التى أقامتها الزوجة أو ثبت بناء على تقرير الحكمين الذى رفعاه إلى القاضى وطلبا منه التفريق بين الزوجين لعدم إمكان الإصلاح بينهما يكون طلاقًا بائنًا.

ما نلاحظه على هذا القانون:

لقد اقتصر القانون على الأخذ بنظام التحكيم فى النزاع بين الزوجين بسبب الضرر وسوء العشرة فقط، وكان الواجب أن يجعل نظام التحكيم أساسًا فى كل القضايا التى تكون بين الزوجين، وذلك لأن كل شقاق بينهما ينتج عن نفرة عارضة ويلبس لبوس دعوى النفقة أو الطاعة أو نحو ذلك.

وهذا ما نصت عليه الآية: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾[١].

ولا شك أن هذا نقص فى القانون يجب تداركه.

* * *

(١) سورة النساء، الآية: ٣٥.

الفصل الرابع
فى التفريق لغيبة الزوج

إذا غاب الزوج عن زوجته مدة تتضرر بها وتخشى على نفسها الفتنة فطلبت من القاضى التفريق بينها وبين زوجها فهل تجاب إلى طلبها؟

ذهب الحنفية والشافعية وغيرهم إلى أنه لا يحق لها هذا الطلب ولا تجاب لطلبها لعدم وجود ما يصلح سببًا للتفريق فى نظرهم.

وذهب المالكية والحنابلة إلى جواز التفريق بالغيبة إذا طالت حتى ولو ترك لها زوجها مالا تنفق منه، ولكنهم اختلفوا فى حد الغيبة الطويلة. فحددها الحنابلة بستة أشهر استنادًا إلى ما روى عن عمر فى قصة المرأة التى تضررت من غياب زوجها فى الغزو وسمعها عمر فى احدى اللالى تشكو منشدة بيتين من الشعر[1] وسأل ابنته حفصة عن المدة التى تصبر فيها المرأة عن زوجها فوّقتَ للناس فى مغازيهم ستة أشهر.

وحددها المالكية فى الراجح عندهم بسنة وقيل بثلاث سنين.

كما اختلفوا فى تلك الغيبة هل هى التى تكون بغير عذر كما يرى الحنابلة أو مطلقًا بعذر وبغير عذر كما يرى المالكية، لأن المرأة تتضرر بها فى الحالتين، والمقصود بالتقريق رفع الضرر عنها، واتفقوا على أن الغيبة إذا كانت بعيدة لا يمكن وصول الرسائل إليه أو يمكن بعد زمن طويل موجبة للتفريق فى الحال بدون إعذار ولا إمهال.

وان كانت قريبة فلا يصح التفريق إلا بعد الإعذار إليه بأن يقدم أو ينقل امرأته إليه أو يطلق فإن فعل وإلا فرق بينهما بعد أن يتريث مدة باجتهاده رجاء عودته.

وهذا التفريق طلاق عند مالك، وفسخ عند الحنابلة لأنها لم تصدر من الزوج ولا بتفويض منه.

---

(١) تطاول هذا الليل واسود جانبه ... وطال على ألا خليل ألاعبه
والله لولا خشية الله وحده ... لحرك من هذا السوير جوانبه

وقد كان العمل بمصر يجرى على مذهب الحنفية لا تفريق بالغيبة مهما طالت إلى أن صدر إلى أن صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩، فعدل عن مذهب الحنفية وأخذ بحكم ملفق من مذهبى المالكية والحنابلة جاء ذلك فى مادتى ١٢ ـ ١٣ ونصهما:

م ١٢ ـ إذا غاب سنة[1] فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضى تطليقها منه إذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه.

م ١٣ ـ إذا أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب له القاضى أجلاً وأعذر إليه بأن يطلقها عليه إن لم يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه أو يطلقها، فإذا انقضى الأجل ولم يفعل ولم يُبدِ عذرًا مقبولاً فرق القاضى بينهما بتطليقة بائنة، وإن لم يكن وصول الرسائل إلى الغائب طلقها القاضى عليه بلا إعذار وضرب أجل.

والمراد بالغيبة كما جاء بالمذكرة الإيضاحية غيبة الزوج عن زوجته باقامته فى بلد آخر غير التى تعيش فيه، وأما الغيبة عن بيت الزوجية وعيشه فى بيت آخر فى نفس البلد فهو من الأحوال التى تدخل فى الضرر.

وعللت تلك المذكرة العدول عن مذهب الحنفية إلى مذهب مالك. بأن مقام الزوجة وزوجها بعيد عنها زمنًا طويلاً مع محافظتها على العفة والشرف أمر لا تحتمله الطبيعة البشرية فى الأعم الأغلب وإن ترك لها الزوج مالا تستطيع الإنفاق منه.

وإذا كانت هذه علة العدول فهى متحققة أيضا فى الغياب بعذر ولا يشذ عنه إلا النادر فلم لم يعمم القانون الحكم للحالين ما كانت الغيبة بعذر وبغير عذر. كما هو مذهب مالك الذى صرحت المذكرة بأن الحكم مأخوذ منه؟

ويمكننا تعليل هذه التفرقة: بأن الغيبة إذا كانت بغير عذر يلحق المرأة فيها الضرر من غير فائدة تعود عليها أو على الحياة الزوجية فلا يكون للمرأة ما يحملها على الصبر، وأما الغيبة بعذر كالسفر للتجارة أو للعمل أو لطلب العلم مثلاً ففيها من الفائدة التى تعود على الحياة الزوجية المستقبلة، فعلى المرأة أن تتحمل قسطًا من أعباء تلك الحياة لبناء مستقبل الأسرة فاستحق بذلك زوجها الرحمة والرأفة فلا يسمح لزوجته طلب التفريق.

---

(١) المراد بالسنة هنا هى الشمسية التى عدد أيامها ٣٦٥ يوما. لما جاء فى المادة ٢٣ من هذا القانون. أن المراد بالسنة فى المواد من ١٢ ـ ١٨ هى السنة التى عدد أيامها ٣٦٥ يوما.

ولا أدل على ذلك من أن هذا القانون جعل لزوجة المسجون بعد مضى سنة على سجنه ن تطلب التفريق وإن كان له عذر فى غيبته حيث لا اختيار له فى هذا السجن لأنه بارتكابه ا أوجب سجنه لا يستحق شفقة ولا رحمة، بل يجب أن يعامل بشدة. على أن سجنه لا ود على الحياة الزوجية بفائدة بل قد يكون سببًا فى شقائها فى المستقبل.

الشروط التى اشترطها القانون لجواز التفريق بين الزوجين للغيبة

اشترط القانون لجواز التفريق بين الزوجين لغيبة الزوج شرطين لابد من توافرهما:

الشرط الأول: أن تكون الغيبة بدون عذر مقبول وبناء عليه لو غاب الزوج عن زوجته ببب السفر فى بعثة علمية أو بسبب التجارة أو ما شابه ذلك فلا يجوز التفريق بين الزوج زجته بسبب هذه الغيبة ومثل الغائب فى هذه الأحكام الأسير والمعتقل.

الشرط الثانى: أن تكون مدة الغيبة سنة فأكثر لأنها المدة التى تتضرر فيها الزوجة من ياب زوجها بعيدًا عنها فإن كانت الغيبة أقل من ذلك فلا يجوز الحكم بالتفريق.

نوع الطلاق الذى يوقعه القاضى فى التفريق للغيبة

الطلاق الذى يوقعه القاضى فى التفريق بسبب غيبة الزوج عند توافر شروطه يكون طلاقًا بائنا كما نص عليه القانون فى المادة رقم ١٣ سالفة الذكر حتى لا يتمكن الزوج من لمراجعة فتكون مواصلة للضرر بالزوجة.

* * *

الفصل الخامس
فى التفريق لحبس الزوج

يرى الحنفية والشافعية والجعفرية أنه لا يفرق بين الزوج وزوجته بسبب حبسه مهما طال، والمالكية والحنابلة الذى يرون التفريق لغيبة الزوج لم يصرحوا بالتفريق لحبس الزوج.

ولم يصرح بذلك إلا ابن تيمية من الحنابلة فى فتاويه[١]، ولكن المذهب المالكى صرح بأن لزوجة الأسير الحق فى طلب التفريق لأن مناط التفريق عندهم هو بعد الزوج عن زوجته سواء كان باختياره أو قهراً عنه كما فى الأسير، لأن الضرر يلحق الزوجة من هذا البعد. وهذا المعنى متحقق فى زوجة المحبوس.

لذلك أخذ القانون المصرى رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٥ بهذا فنصت مادته الرابعة عشرة على أن: «لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائيًا بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر أن تطلب إلى القاضى بعد مضى سنة من حبسه التطليق عليه بائنًا للضرر ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه».

الشروط التى اشترطها القانون لجواز التفريق

اشترط القانون لجواز التفريق بين الزوجين لحبس الزوج الشروط الآتية:

الشرط الأول: أن تكون مدة الحبس ثلاث سنين فأكثر لأن عودة الزوج فيها تكون غير قريبة والزوجة تتضرر بذلك ضرراً حقيقيًا فيجوز لها أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها ويجيبها القاضى لطلبها. فإن كانت مدة الحبس أقل من ثلاث سنين فلا يجوز للزوجة أن تطالب بالتفريق بينها وبين زوجها لفقد شرط المدة ولا شك أن مدة الحبس إذا قلت عن ثلاث سنين فتعتبر عودة الزوج عودة قريبة ومن الممكن أن تصبر المرأة على بعد زوجها عنها حتى يعود وعلى هذا إذا طالبت الزوجة بالتفريق بينها وبين زوجها المحبوس سنة واحدة أو سنتين لا تجاب إلى طلبها وترفض دعواها.

(١) فيقول فى باب عشرة النساء: «القول فى امرأة الأسير والمحبوس ونحوهما مما يتعذر إنتفاع امرأته به إذا طلبت فرقته كالقول فى امرأة المفقود».

الشرط الثانى: أن يكون الزوج قد قضى سنة من حبسه لأنها هى المدة التى اعتبرها القانون بالنسبة للغائب وعلى هذا إذا صدر حكم على الزوج بالحبس لمدة ثلاث سنين كان لزوجته بعد مضى سنة من تنفيذ الحكم عليه أن تطلب من القاضى التفريق بينها وبينه فيجيبها القاضى إلى طلبها ويحكم بالتفريق بينهما بدون كتابة إلى الزوج أو انتظار كما يفعل مع الغائب الذى يمكن الكتابة إليه لأن المحبوس لا يستطيع أن يخرج على الحكم الذى يقوم بتنفيذه فلا تكون هناك فائدة من الكتابة إليه.

فإذا تحققت هذه الشروط كان للزوجة طلب التفريق وعلى القاضى أن يجيبها إلى طلبها إذا ما أثبتت دعواها دفعًا للضرر عنها.

وإنما شرط لجواز طلب التفريق أن يكون بعد مضى سنة من تاريخ حبسه لأن جواز الطلب للتفريق هنا لغيبة الزوج عنها فى واقع الأمر، وفى الغيبة لا يجوز لها الطلب إلا بعد مضى سنة ليتحقق الضرر وهو الإستيحاش لبعده.

وحينئذ يكون الحكم بالتفريق مبنيًا على الضرر الواقع عليها بالفعل لا على الضرر المتوقع من الحبس.

نوع الطلاق الذى يوقعه القاضى فى التفريق لحبس الزوج

الطلاق الذى يوقعه القاضى لحبس الزوج يعتبر طلاقًا بائنًا حتى لا يتمكن الزوج من المراجعة إضرارًا بالزوجة.

* * *

الباب الرابع
في العدة وما يتعلق بها من أحكام

هذا الباب ينقسم إلى فصلين:

الفصل الأول: في العدة.

الفصل الثاني: في حقوق العدة وأحكامها.

الفصل الأول
في العدة

حقيقة العدة:

العدة في اللغة الإحصاء يقال عددت الشيء إذا أحصيته إحصاء، كما تطلق على الشيء المعدود نفسه يقال عدة هذا الشيء عشرة إذا أردت أن هذا المعدود يساوى عشرة ومن ذلك قوله تعالى: ﴿إِنَّ عِدَّةَ الشُّهُورِ عِندَ اللَّهِ اثْنَا عَشَرَ شَهْراً فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾(١).

وفي إصطلاح الفقهاء: هي المدة التي حددها الشارع للمرأة عند الفرقة بينها وبين زوجها يجب عليها أن تبقى بدون زواج حتى تنقضي هذه المدة.

ويتضح من هذا التعريف أن عقد الزواج لو انتهى بأي سبب من أسباب انتهائه سواء كان طلاقًا أو فسخًا أو وفاة فلا يحل للمرأة أن تتزوج بغير زوجها الأول إلا إذا انتهت المدة التي حددها الشارع. أما الرجل فلا تجب عليه هذه العدة فيجوز له بمجرد حصول الفرقة بينه وبين زوجته أن يتزوج بغيرها مباشرة دون انتظار مضى مدة معينة، لأنه يجوز له أن يتزوج عليها وهي معه فمن باب أولى يجوز له أن يتزوج وهي في العدة. إلا أن هناك حالات لا يجوز للزوج أن يتزوج فيها بامرأة معينة إلا بعد أن تنقضي عدة زوجته التي

(١) سورة التوبة الآية ٣٦.

فارقها وذلك كما إذا طلق زوجته وأراد الزواج بمن لا يحل له أن يجمع بينها وبين زوجته الأولى كأختها أو خالتها أو عمتها أو بنت أخيها أو بنت أختها وكذلك لو طلق إحدى زوجاته الأربع ثم أراد الزواج بخامسة فإنه يجب عليه الانتظار حتى تنقضى عدة المرأة التى فارقها ولا يسمى هذا عدة اصطلاحًا لأن الرجل لا يعتد وإن وجد فيه معنى العدة.

حكمة مشروعية العدة:

شرعت العدة لما تنطوى عليه من المصالح الكثيرة التى تعود على الزوجين وعلى الأسرة وعلى المجتمع بالخير الوفير من أهمها ما يلى:

١ ـ صيانة الأنساب وحفظها من الاختلاط فإن بقاء المرأة طوال مدة العدة بدون زواج يعلم منه براءة الرحم وخلوه من الحمل وبذلك تصان الأنساب وتحفظ من الاختلاط الذى يترتب عليه فساد يؤدى إلى إنهيار المجتمع وفساد بنيانه.

٢ ـ اعطاء الزوج الذى طلق زوجته فرصة يراجع فيها نفسه بعد أن يذهب غضبه وتهدأ ثائرته وتسكن نفسه فربما يكون قد تسرع فى الطلاق ويرى أن مراجعة زوجته أولى من المضى فى طريق الخلاص منها أو لأن له الأولاد منها. فشرع الله العدة ليتمكن الزوج من المراجعة ومن أجل هذا جعل الله تعالى الأصل فى الطلاق أن يكون رجعيًا.

٣ ـ إعلام الناس بعظم شأن الزواج وإعلانهم بأنه عقد جليل القدر رفيع الشأن وأنه يتمتع بمكانة سامية عند الله والناس لا ينعقد انعقادًا صحيحًا إلا باجتماع قوم يشهدون عليه ابتداء ولا ينحل إلا بعد مضى مدة طويلة ولولا هذا لانعقد سريعًا وانحل سريعًا وهو ما ينافى الحكمة من تشريعه.

٤ ـ رعاية حق الزوج الذى توفاه الله وإظهار التأثر لفقده وذلك بمنع زوجته من التزين والتجمل رعاية له بعد مماته كما كانت تراعيه حال حياته ومن هذه الرعاية ألا تتزوج بعد وفاته مباشرة بل عليها أن تنتظر مدة العدة فإذا انقضت حل لها أن تتجمل وتتزين إذا أرادت لتبدأ حياة زوجية جديدة. ولذلك ترى أن عدة المتوفى عنها زوجها أطول من غيرها لأن ما يعترى الزوجة من الحزن والكآبة لوفاة زوجها يمتد إلى أكثر من ثلاثة قروء وهى المدة التى تعرف بها براءة الرحم لأن براءة النفس من الحزن والأسى تحتاج إلى زمن أطول والتعجيل يسىء لأهل الزوج ويؤدى إلى الخوض فى الزوجة بالنسبة لما ينبغى أن تكون عليه من عدم التهافت على الزواج وما يليق بها من الوفاء للزوج حزنًا عليه.

أسباب وجوب العدة:

تجب العدة على المرأة لأسباب أهمها ما يأتى:

١ ـ وفاة الزوج فى الزواج الصحيح لا فرق فى ذلك بين الزوجة المدخول بها أو التى لم يدخل الزوج بها لأن نص الآية الكرية: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾[1] لم تفرق بين المدخول بها وغير المدخول بها إلا إذا كانت الزوجة حاملاً فإنها تعتد بوضع الحمل لقوله تعالى: ﴿وَأُوْلَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾[2] فقد خصصت هذه الآية العموم الوارد فى الآية السابقة.

٢ ـ حصول الفرقة بين الزوجين بعد الدخول بالزوجة أو الخلوة بها على رأى الفقهاء الحنفية والحنابلة وعلى هذا إذا حصلت الفرقة بين الزوجين قبل الدخول والخلوة فلا تجب العدة على المرأة لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلاً﴾[3].

٣ ـ حصول الفرقة بين الزوجين بعد الدخول بعقد فاسد سواء تمت الفرقة بينهما باختيارهما أم بحكم من القاضى أو بوفاة الزوج، وليست الخلوة هنا كالدخول الحقيقى فالمفارقة بعد الخلوة لا توجب العدة لأن العدة للتعرف على براءة الرحم والخلوة وحدها لا توجب العدة لأن الرحم يكون خاليًا حقيقة.

٤ ـ إذا وطئت المرأة الأجنبية بشبهة النكاح وذلك كرجل عقد على امرأة دون أن يراها ثم زفت إليه أخرى غيرها ودخل بها بناء على أنها زوجته ثم تبين بعد الدخول أنها ليست زوجته فيجب على هذه المرأة أن تعتد بعد هذا الدخول وعقب التفريق بينهما.

أنواع العدة:

تتنوع العدة وتختلف حسب طبيعة المرأة فى الوقت الذى تحدث فيه الفرقة وللحالة التى تكون عليها المرأة، وأنواع العدة ثلاثة:

١ ـ عدة بوضع الحمل.

٢ ـ عدة بالأشهر.

٣ ـ عدة بالأقراء.

---

(١) البقرة: ٢٣٤.

(٢) الطلاق: ٤.

(٣) الأحزاب: ٤٩.

أولاً: العدة بوضع الحمل:

إذا حصلت الفرقة بين الزوجين وكانت الزوجة حاملاً سواء أكانت الفرقة بينهما بوفاة أم بغيرها فإن العدة تنتهى بوضع الحمل مباشرة لقوله تعالى: ﴿وَأُوْلاتُ الأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ فقد بينت هذه الآية الكريمة أن عدة الحامل تكون بوضع الحمل دون تفرقة فى الحمل ولو كانت الولادة بعد الوفاة بزمن قليل حتى لو ولدت والميت على سريره لم يدفن جاز لها أن تتزوج. وشرط الولادة التى تنهى العدة أن يكون المولود قد استبان خلقه أو بعضه فإن لم يستبن بأن أسقطت علقة أو مضغة لا يد لها ولا رجل فإن العدة لا تنتهى بهذا الوضع بل يجب عليها استئناف العدة بالأقراء أو الأشهر على حسب حالها لأنه إذا لم يستبن شىء من خلقه لا يعلم كونه حملاً بل يحتمل أن يكون حملاً ويحتمل أن يكون قطعة متجمدة فى رحمها والعدة لا تنتهى بالشك لأنها ثابتة من قبل بيقين والشك لا يزيل اليقين. وينزول أكثر الولد المستبين بعض خلقه تنتهى العدة لأن للأكثر حكم الكل.

والحكم كذلك بالنسبة للمرأة المطلقة الحامل وكذلك المرأة التى فسخ عقد زواجها لأن النص عام يشمل كل حامل لا فرق بين المطلقة والمتوفى عنها زوجها والتى فسخ زواجها فبمجرد أن تضع حملها تنقضى عدتها لما روى أن الزبير بن العوام طلبت منه زوجته أم كلثوم بنت عقبة وكانت حاملاً فقالت له: طيب نفسى بتطليقه، فطلقها تطليقة، ثم خرج إلى الصلاة فلما رجع وجدها قد وضعت حملها فقال: ما لها خدعتنى خدعها الله. ثم أتى النبى ﷺ فقال: «سبق الكتاب أجله أجبها لنفسها»[١].

ثانيًا: العدة بالأشهر:

إذا كانت المرأة صغيرة لم يأتها الحيض، أو كانت كبيرة بالغة ولكنها لم تحض أصلاً، أو كانت كبيرة وانقطع الحيض عنها لبلوغها سن اليأس وهى خمس وخمسون سنة على الرأى الذى يجرى العمل عليه[٢] فإن عدتها تكون بالأشهر وتقدر لغير المتوفى عنها زوجها بثلاثة

(١) نيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٨٧.

(٢) سن اليأس هى السن التى إذا بلغتها المرأة لا تحيض فيها، وقد اختلف الفقهاء فى تقدير هذه السن فمنهم من رأى عدم تقديرها بسن معينة وترك الأمر إلى تقدير القاضى ومنهم من حددها بسبعين، وبعضهم بستين سنة، وبعضهم بخمس وخمسين سنة.

شهر لقوله تعالى: ﴿وَاللاَّئِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللاَّئِي لَمْ يَحِضْنَ﴾(١) أى فعدتهن ثلاثة أشهر كذلك. أما المتوفى عنها زوجها فهى أربعة أشهر وعشرة أيام لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾(٢). وإنما قدرت عدة الوفاة بهذه المدة بالنسبة لغير الحامل المتوفى عنها زوجها لأن الشارع افترض أن هذه هى أقصى ما تتحمله المرأة لو كانت الزوجة قد توفى عنها زوجها ولم تكن حاملاً فإن عدتها فى البعد عن الرجال. ولذا من حلف على زوجته ألا يقربها أربعة أشهر فإنها تطلق إن لم يفىء. ولأن هذه المدة يظهر فيها الحمل إن كانت حاملا إذ أن الحمل يظهر واضحًا جليًا فى ابتداء الشهر الخامس فإن الجنين يكون فى بطن أمه أربعين يومًا نطفة ثم أربعين يومًا علقة ثم أربعين يومًا مضغة ثم ينفخ فيه الروح فى العشر التالية فلذلك أمرت بالتربص هذه المدة ليستبين الحمل إن كانت حاملاً. وتقدر العدة بالأشهر القمرية فإن وقعت فى أول الشهر العربى اعتبرت المدة بالأهلة اتفاقا لو نقصت عن تسعين يوما لأن الله تعالى أمر بالعدة بالأشهر والتى يكون تسعة وعشرين يومًا، وإن وقعت فى أثناء الشهر اعتبرت كلها بالأيام عند أبى حنيفة رضى الله عنه فلا تنقضى العدة إلا بمضى تسعين يوما وعند مالك وأبى يوسف ومحمد يكمل الشهر الأول الذى حصلت الفرقة فيه من الشهر الرابع على أساس ثلاثين يومًا ويعتبر الشهران المتوسطان بالأهلة على ما هما عليه من كمال أو نقص(٣).

ثالثًا: العدة بالأقراء:

اختلف الفقهاء فى معنى القرء فيرى فقهاء المذهب الحنفى والحنبلى أن القرء هو الحيض ويرى فقهاء المذهب الشافعى والمالكى أن القرء هو الطهر الذى يكون بين الحيضتين.

وسبب هذا الخلاف أن القرء من بين الألفاظ المشتركة فهو يطلق على الحيض وعلى الطهر ويحتملها معا وعلى هذا اختلف الصحابة فى المراد من القرء فبعضهم قال إنه الحيض والبعض الآخر قال إنه الطهر. وقد اختار أبوحنيفة ومن معه أنه الحيض، لأنه الأقرب لمعنى العدة ودلالتها على براءة الرحم ولأن الحيض أمر حسى مادى طارىء يمكن أن يجعل علامة على انقضاء الأجل أو بعضه واختار المالكية ومن وافقهم أنه الطهر لأنه الأقرب إلى

(١) الطلاق: ٤.

(٢) البقرة: ٢٣٤.

(٣) بدائع الصنائع جـ ٣ ص ١٩٥.

الاشتقاق ولتأنيث ثلاثة. وعلى هذا لو وقعت الفرقة وكانت من ذوات الحيض فلا تنتهى عدتها إلا بثلاثة أطهار عند المالكية ويحتسب الطهر الذى وقع فيه الطلاق من الأطهار الثلاثة ولو كانت لحظة.

أما على رأى الحنيفة ومن معهم فلا تنتهى عدتها إلا بثلاث حيضات كوامل فإذا وقع الطلاق فى أثناء الحيض فلا تحتسب هذه الحيضة من العدة بل لابد من ثلاث حيضات كوامل لأن العدة مقدرة بثلاث حيضات كوامل والحيضة لا تتجزأ فتنتظر حتى تكمل الحيضة الثالثة لقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ﴾. والراجح ما ذهب إليه الحنفية ومن معهم وهو المعمول به.

وأقل مدة للعدة هى ستون يومًا عند أبى حنيفة لأنها ثلاث حيضات وطهران وأكثر مدة للحيض هى عشرة أيام وأقل مدة للطهر بين الحيضتين خمسة عشر يومًا فالحيضات الثلاث ثلاثون يومًا والطهران ثلاثون يومًا كذلك فيكون المجموع ستين يومًا.

أما عند الصاحبين فهى تسعة وثلاثون يومًا لأن أقل مدة للحيض ثلاثة أيام وأقل مدة للطهر خمسة عشر يومًا فتكون الحيضات الثلاث تسعة أيام ويكون الطهران ثلاثين يومًا والمجموع منهما يكون تسعة وثلاثين يومًا فقط. والذى يجرى عليه العمل بالمحاكم هو رأى أبى حنيفة الذى يعتبر العدة ستين يومًا.

عدة المستحاضة:

المستحاضة هى التى ينزل عليها الدم بدون انقطاع وهذا الدم لا يمنع الصلاة كما يمنعها الحيض لقوله ﷺ للمستحاضة: «صلى وإن قطر الدم على الحصير». فإذا حصلت الفرقة بينها وبين زوجها فإن كانت لها عادة معروفة اعتدت بحسب عادتها اتفاقًا. وإن لم تكن لها عادة معروفة أو كانت لها عادة ولكنها نسيتها وهى المسماة بالمحيرة فهناك رأى يرى أنها تعتد بثلاثة أشهر لأن الغالب الكثير أن يقع الحيض مرة كل شهر، وقيل تعتد بسبعة أشهر شهر لثلاث حيضات وستة أشهر لثلاثة أطهار احتياطًا. وقيل تعتد بثلاثة أشهر غير الشهر الذى وقعت الفرقة فى أثنائه وقيل تعتد بسنة والعمل جرى على الرأى الأول.

انتقال العدة من تقدير إلى تقدير آخر

المرأة التى وجبت عليه العدة قد تبتدىء بنوع من أنواعها لاتفاق ذلك مع حالها وقت ندائها ثم يطرأ أمر يغير حالها فيتغير تبعًا لذلك نوع عدتها ويتغير لذلك تقديرها. فقد تبدأ عدة بالأشهر ثم يطرأ ما يوجب الاعتداد بالأقراء، وقد تبدأ العدة بالأقراء ثم يطرأ ايوجب الاعتداد بأربعة أشهر وعشرة أيام. وقد تبدأ العدة بالأقراء ثم يطرأ ما يوجب لاعتداد بها إن كانت مدتها أطول من أربعة أشهر وعشرة أيام وقد تكون من ذات الأقراء م يطرأ ما يوجب الاعتداد بثلاثة أشهر.

الحالة الأولى:

تحول العدة فى الأشهر إلى الأقراء. ويكون ذلك فى صورتين:

الصورة الأولى: أن تحصل الفرقة بين الزوجين ولم تكن الزوجة عند حصول الفرقة من وات الحيض لصغرها أو لعدم رؤيتها دم الحيض بعد البلوغ بالسن فإنها تعتد بثلاثة أشهر إذا رأت دم الحيض قبل نهاية الشهور الثلاثة فإنها تستأنف العدة من جديد وتكون عدتها ى هذه الحالة بالحيض ولو كانت قد قضت أكثر أيام العدة بالأشهر ولم يبق لها إلا القليل ذلك لأن العدة بالأشهر كانت بدلاً عن الحيض فإذا وجد الأصل زال اعتبار البدل.

الصورة الثانية: حالة اللائى يئسن من المحيض فابتدأت عدتها بالأشهر ثم رأت الدم فى ثناء العدة فإنها تستأنف عدتها من جديد بالحيض ويلغى الاعتبار السابق لأن العدة بالأشهر كانت بدلا من الاعتداد بالحيض وقد وجد الأصل ومن جهة أخرى قد يتبين أن تقدير ليأس لم يكن صحيحًا بدليل وجود دم الحيض. فإذا رأت الدم بعد انقضاء العدة فالراجح نها لاتستأنف العدة.

الحالة الثانية:

تحول العدة من الأقراء إلى الأشهر. ويكون ذلك فى صورتين أيضًا.

الصورة الأولى: حال المطلقة التى توفى زوجها فى أثناء العدة فإنها إن كانت مطلقة طلاقا رجعيًا وكانت غير حامل فإنها تبتدىء عدتها بالإقراء فإذا مات زوجها تحولت عدتها إلى عدة الوفاة وهى أربعة أشهر وعشرة أيام سواء أكان طلاقًا فى حال مرض الموت أم لم

يكن. لأن المطلقة طلاقًا رجعيًا تعتبر زوجة. لأن الطلاق الرجعى لا يزيل الزواج فى الحال بل بعد انتهاء العدة وقد اعتبرت فى كل الأحكام زوجة بدليل أنها ترث من زوجها إذا مات وهى فى العدة. أما إذا كان الطلاق بائنًا ولم يعتبر الزوج فاراً بطلاقها فإن عدتها تستمر بالأقراء أو بالأشهر الثلاثة التى تقوم مقام الأقراء. أما إذا اعتبر الزوج فاراً ومات فى عدتها وورثت فإنها تعتد بأبعد الأجلين عدة الوفاة أو الأقراء وذلك لأن الطلاق لما كان بائنًا فقد مات عنها زوجها والزوجية ليست قائمة وهذا يقتضى أن تكون عدتها بالأقراء فقط من غير نظر إلى غيرها ولكن لأنها ورثت وجب اعتبار الزوجية قائمة إذ هى سبب الميراث فكان مقتضى ذلك العمل بالاعتبارين هذا على رأى أبى حنيفة ومحمد. أما أبو يوسف فيرى أنها تعتد عدة الطلاق فقط ولا تتحول عدتها إلى عدة وفاة ولا ضرورة ليرد عليه قصده من الحرمان من الميراث فاعتبار الزوجة تعتد بأبعد الأجلين لأن الزوجية قد انقطعت وبثبوت الميراث كان قائما لأجل الميراث ضرورة لا يقتضى اعتبارها قائمة بالنسبة لغيره من الأحكام فيقتصر على الضرورة فى موضعها فلا تعتبر بالنسبة للعدة. وهذا ما جنح إليه الشافعية والمالكية والزيدية.

الصورة الثانية: المعتدة من طلاق إذا ابتدأت عدتها بالأقراء ثم انقطع الدم وامتد طهرها ولم تبلغ سن اليأس فعند الحنفية لاتنقضى عدتها إلا بثلاث حيضات أو تبلغ سن اليأس فتعتد بثلاثة أشهر لأنها لما رأت الحيض صارت من ذوات الحيض فلا تعتد بغيره فإذا لم تر الحيض ثلاث مرات فلا تنقضى عدتها حتى تبلغ سن اليأس وتنتظر بعد ذلك ثلاثة أشهر.

وذهب المالكية إلى القول بأنه إذا انقطع الحيض بسبب المرض أو بسبب غير معروف فإنها تسعة أشهر من الطلاق للتحقق من براءة الرحم وخلوه من الحمل، لأن هذه المدة هى مدة الحمل غالبا، فإذا انقضت الأشهر التسعة ولم يظهر بها حمل اعتدت بثلاثة أشهر كالآية، فإن مضت هذه المدة بدون أن يأتيها الحيض انقضت عدتها وحلت للأزواج فإن جاءها الحيض فى أثناء السنة ولو فى آخر يوم منها انتظرت الحيضة الثانية أو تمام سنة بيضاء، فإذا مرت السنة انقضت عدتها، وإن رأت الحيض فيها ولو فى آخر يوم منها انتظرت الحيضة الثالثة أو تمام سنة بيضاء. فإن حاضت الثالثة أو مضت سنة بيضاء انتهت عدتها، وإن كانت مرضعا وجاءها الحيض فى أثناء الرضاع اعتدت بالأقراء، وإن تأخر حيضها بعد إنقضاء مدة الرضاع كان الحكم فى تأخر حيضها هو ما تقدم.

وقد كان العمل بمذهب الحنفية حتى صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ فعدل عنه إلى مذهب المالكية فنصت المادة الثالثة منه على ما يأتى: «من تأخر حيضها بغير رضاع تعتبر عدتها بالنسبة للنفقة بسنة بيضاء لا ترى فيها الحيض، فإن ادعت أنها رأت الدم فى أثنائها أخرت إلى أن ترى الدم مرة أخرى أو إلى أن تمضى سنة بيضاء، وفى الثالثة إن رأت الدم انقضت عدتها وإن لم تره تنقضى العدة بانتهاء السنة. فإن كانت مرضعا وحاضت فى أثناء الرضاع اعتدت بالأقراء وإن تأخر حيضها بعد انقضاء مدة الرضاع كان الحكم فى تأخر حيضها هو ما تقدم.

وفى الحالتين لا تسمع دعوى أن لها عادة فى الحيض لأكثر من سنة.

وهذا التعديل أعطى للنساء فرصة للكذب فى إدعاء رؤية الحيض وانقطاعه حتى أخذ البعض منهن بتحايل وتستطيع المرأة أن تأخذ نفقة لمدة ثلاث سنوات وربما تمتد إلى خمس سنوات إذا كانت المرأة مرضعًا.

وخروجًا من هذا التحايل صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ونص فى المادة السابعة عشرة منه على أنه: «لا تسمع الدعوى بنفقة عدة لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق وحدد السنة بثلاثمائة وخمسة وستين يوما، كما أنه لا تسمع عند الإنكار دعوى الإرث بسبب الزوجية لمطلقة توفى زوجها بعد سنة من تاريخ الطلاق.

ويلاحظ أن القانون لم يتعرض لانتهاء العدة ولا لبقائها ولا لحل تزوجها برجل آخر أو عدم حله، وكل ما فعله أنه منع مطالبة المرأة بالنفقة لأكثر من سنة من تاريخ الطلاق، ووكل المسائل الأخرى إلى دين المرأة مع ملاحظة أن أقل مدة تصدق فيها المرأة إذا ادعت أن عدتها انقضت وكانت من ذوات الحيض هى ستون يوما وذلك طبقا للرأى الراجح فى المذهب الحنفى.

ابتداء العدة: تكون فى الزواج الصحيح من وقت الفرقة سواء كانت طلاقًا أو فسخًا أو وفاة، ولا يشترط علم المرأة بها عند جمهور الفقهاء وهو ما نرجحه فمتى حصلت الفرقة بدأت العدة وإن لم تعلم الزوجة بها.

غير أن القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ نص على أنه: «تترتب آثار الطلاق من تاريخ إيقاعه إلا إذا أخفاه الزوج عن الزوجة فلا تترتب آثاره من حيث الميراث والحقوق المالية

الأخرى إلا من تاريخ علمها به». وأرى أن هذا النص غير موفق فى ترتيب آثار الطلاق حيث فرق بين الآثار المالية فجعلها تترتب من وقت علم المطلقة بالطلاق والآثار غير المالية من وقت وقوع الطلاق وكان الأولى أن تترتب آثار الطلاق غير المالية من وقت علم المطلقة بوقوع الطلاق بما فيها من عدة وثبوت نسب وهذا ما أقره مجمع البحوث الإسلامية حيث أرسل لمجلس الشعب عند مناقشة مشروع القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بهذا النص: «تترتب آثار الطلاق من وقت إيقاعه من المطلق إلا إذا أخفاه عن المطلقة فلم تعلم به فإن آثار الطلاق تبدأ من وقت علمها به» دون تفرقة بين الآثار المالية وغير المالية. وهذا ما عليه الرأى الراجح فى المذاهب الإسلامية.

هذا وإن مسلك القانون يجعل المطلقة متناقضة فى العدة، فهى تحتسب العدة من وقت طلاقها من حيث ثبوت النسب واتجاهها إلى الزواج من جديد وتحتسبها من وقت علمها بالطلاق فى مطالبتها بنفقة العدة والميراث، ومن غير المعقول أن يكون للمطلق عدتان فى طلاق واحد. ولذلك نرى أن تكون العدة واحدة تبدأ من وقت علمها بالطلاق.

انتهاء العدة:

إذا كانت المعتدة حاملاً فإن عدتها تنتهى بوضع الحمل سواء أكان سبب العدة الوفاة أم غيرها. وإذا كانت المعتدة غير حامل وتوفى زوجها فإن عدتها تنتهى بمضى أربعة أشهر وعشرة أيام. أما إن كانت معتدة من طلاق وهى ممن تحيض فعدتها بثلاث حيضات كوامل وأقل مدة تصدق فيها هى ستون يومًا وهو المعمول به قضاء وعند الصاحبين هى تسعة وثلاثون يوما. فإن لم تكن من ذوات الحيض فإن عدتها تنتهى بمضى ثلاثة أشهر على التفصيل الذى أوضحناه فيما سبق.

* * *

الفصل الثانى
فى حقوق العدة وأحكامها

تعتبر العدة أثرًا من آثار الزواج ولهذا فإنه يتعلق بها حقوق وأحكام نذكر منها ما يلى:

١ ـ ثبوت النسب فى العدة:

فإذا أتت بولد فى أثناء العدة ثبت نسبه من الزوج السابق إلا أنه لا تسمع دعوى النسب إذا أتت به لأكثر من ثلاثمائة وخمسة وستين يومًا إلا إذا ادعاه الزوج فإن الدعوى تسمع على أساس فراش الزوجية وذلك حسبما جاء فى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩.

٢ ـ الميراث:

فإذا توفى أحد الزوجين فى أثناء العدة فإن كان الطلاق رجعيا فيرث كل منهما الآخر لأن الطلاق الرجعى لا يزيل الملكية والعدة أثرمن آثاره أما إذا كان بائنًا فلا يرث أحدهما الآخر إلا إذا كان فرارا من الميراث وتوافرت شروط ميراثها على الرأى المختار المفتى به.

٣ ـ حرمة زواج الأجنبى لها:

يحرم زواج الأجنبى لها ما دامت فى العدة أخذا بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ﴾[١].

والمطلقة طلاقًا رجعيًا تعتبر زوجة والمطلقة طلاقًا بائنًا ولا زالت فى العدة تعتبر زوجة حكمًا فلا يجوز الاعتداء على حق الزوج ولهذا المعنى حرم على الأجنبى أن يخطبها صراحة أو يتزوجها فى أثناء العدة. ويجوز لزوجها الذى طلقها أن يتزوج بها فى أثناء عدتها إذا لم يكن طلاقه مكملاً للثلاث وإنما منع زواجها من الأجنبى فى أثناء العدة لأنها باقية على حكم نكاح زوجها الذى طلقها فلا تكون محرمة عليه.

---

(١) الآية ٢٣٥ من سورة البقرة.

٤ ـ وجوب الإحداد على المعتدة عدة وفاة:

وذلك بترك الزينة والطيب والتجمل بلبس الثياب الحريرية والحلى وذلك إظهاراً لنعمة الزواج وعرفانا بالجميل لزوجها الذى فارقها ورحل ووفاء لما كان بينه وبينها من حب وصفاء وطيب عشرة، يقول الرسول ﷺ: «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث ليال إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً»(١).

٥ ــ وجوب نفقة العدة من الفرقة بعد زواج صحيح:

لما كانت العدة أثرًا من آثار الزواج وكانت المرأة محبوسة فيها لحق الزوج والشرع ولا يحل لها أن تتزوج برجل آخر ما دامت فى العدة كانت نفقة عدتها واجبة على من فارقها إلى أن تنقضى عدتها منه.

ولقد اتفق الفقهاء على أن المعتدة من طلاق رجعى لها النفقة والسكنى كذلك البائن الحامل لقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ﴾(٢)، وقوله سبحانه: ﴿وَإِن كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾(٣).

ولكنهم اختلفوا فى استحقاق المبتوتة للنفقة والسكنى إذا لم تكن حاملاً:

١ ـ فقد ذهب الحنفية وأهل الكوفة وعمر بن الخطاب رضى الله عنه وابن مسعود فى إحدى رواياته وابن شبرمة وابن أبى ليلى وسفيان الثورى وعمر بن العزيز إلى أن لها النفقة والسكنى.

٢ ـ وذهب الشافعى(٤) إلى أنه يجب لها السكنى دون النفقة وهو قول ابن مسعود وابن عمر وعائشة وسعيد بن المسيب والقاسم وسالم وأبى بكر بن عبد الرحمن وسليمان بن يسار ومالك والثورى وأصحاب الرأى وإحدى الروايتين عن أحمد.

٣ ـ وذهب أحمد(٥) فى أظهر روايته أنه لا يجب لها نفقة ولا سكنى وهو قول ابن

---

(١) صحيح البخارى جـ ٧ ص ٧٦.

(٢) (٣) سورة الطلاق آية ٦.

(٤) المجموع جـ ١٨ ص ١٦٤.

(٥) الروض النضير جـ ٤ ص ١٣٨.

عباس وجابر وعطاء وطاوس والحسن وعمرو بن ميمون وعكرمة وإسحاق وأبى ثور وداود بن على والشعبى والقاسم والإمامية.

أما المعتدة من وفاة فإن كانت حائلاً فلا سكنى لها ولا نفقة لأن النكاح قد زال بالموت أما إذا كانت حاملاً ففيها قولان:

الأول: أن لها السكنى والنفقة لأنها حامل من زوجها فصارت كالزوجة المفارقة لزوجها فى حياته.

الثاني: أن لا سكنى لها ولا نفقة لأن المال قد صار للورثة ونفقة الحامل وسكناها بسبب الحمل أو للحمل نفسه وهذا لا يلزم الورثة لأنه إن ترك الميت ميراثًا فنفقة الحمل من نصيبه أما إذا لم يترك ميراثًا فلا يلزم وارث الميت من الإنفاق على حمل امرأته.

وإننى أرى بأن من يقول بوجوب سكناها سواء أكانت معتدة من وفاة أم طلاق بائن هى الأولى بالقبول، والأجدر بالرجحان، وكذلك من أوجب لها النفقة كذلك وخصوصًا إذا كان المال الذى ترثه من الزوج قليلاً لا يكفى حتى تستطيع أن تحافظ على عدتها التى أمرها الله بها، ولأنها فى حالة تستحق فيها الرحمة والعطف فلا تجمع عليها أكثر من مأساة، فكفى ما بها من فقد زوجها وشريك حياتها فلا نقسوا عليها ونخرجها من سكن زوجها أثناء عدتها بل يجب تركها فيه، ويؤيد ذلك حديث رسول الله - ﷺ - لبنت مالك حين قال لها: «اعتدى فى البيت الذى أتاك فيه وفاة زوجك» كما يجب أن لا يحرمها من النفقة أثناء هذه العدة ما دامت حاملاً.

وجوب نفقة العدة طبقا لما يجرى عليه العمل الآن قضاء:

تجب نفقة المعتدة إذا كانت الفرقة من زواج صحيح لأن المرأة تصير محبوسة فى العدة لحق الزوج فلا يحل لها أن تتزوج بآخر ما دامت فى العدة. ولذلك فنفقة العدة تجب على من فارقها.

فتجب للمعتدة من طلاق رجعى سواء كانت حاملاً أم حائلاً كذلك تجب للمطلقة ثلاثًا ما دامت فى العدة وكذلك عند تطليق القاضى لها وهذا ما يجرى العمل به فى المحاكم.

وعند تقدير نفقة المعتدة يجب أن يراعى فى تقديرها ما يراعى فى تقدير نفقة الزوجة فى حالة قيام الزوجية. وتعتبر نفقة المعتدة دينًا صحيحًا للمعتدة وتثبت[1] من تاريخ الطلاق أو التطليق أو الفسخ ولاتسقط إلا بالأداء أو الإبراء وتثبت فى الذمة فلا يتوقف ثبوتها على القضاء أو التراضى كما هو مضمون المادة الثانية من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠: «تعتبر نفقة العدة الواجبة على الرجل دينا فى ذمته من تاريخ الفرقة بلا توقف على قضاء أو تراضٍ ولا يسقط دينها إلا بالأداء أو الإبراء، ويراعى فى فرضها حالته يسرًا أو عسرًا».

ويشترط فى دفع النفقة سنة للمعتدة ألا تتزوج المطلقة قبل مضى السنة فإن تزوجت بعد انتهاء عدتها وقبل مضى السنة فلا تستحق نفقة من تاريخ زواجها، وإن كانت قد أخذت من المطلق نفقة كاملة للسنة كلها فيجوز له أن يطالبها بما أخذته من النفقة بدون وجه حق وهذا هو ما يسير عليه العمل قضاء الآن.

ولقد قصر القانون سماع دعوى نفقة العدة على مدة لا تزيد عن سنة كما هو نص المادة (١٧) من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩: «لا تسمع الدعوى لنفقة عدة لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق». كذلك نصت المادة (١٨) على أنه: «لا يجوز تنفيذ حكم بنفقة صادر بعد العمل بهذا القانون لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق».

وتسقط نفقة[2] العدة فى الأحوال الآتية:

١ ـ إذا كانت العدة من دخول فى عقد فاسد أو من وطء بشبهة لأن النفقة غير واجبة فى هذا العقد فلا تجب آثاره.

٢ ـ إذا كانت العدة من وفاة لأن النفقة تجب على الزوج وقد مات فليس هناك من تجب عليه تلك النفقة. فالوارث لا خلافة له فى ذلك الوجوب.

كما أنها تسقط بموت المعتدة نفسها.

٣ ـ أن تكون المرأة معتدة لفرقة جاءت من جهتها لسبب محظور كأن ترتد عن الإسلام

(١) أحكام الإسلام د. محمد سلام مدكور ص ٣٠٢.

(٢) الأحوال الشخصية لأبى زهرة ص ٤٥٠، أحكام الأسرة فى الإسلام د. محمد سلام مدكور ص ٣٠٢.

أو تأبى غير الكتابية الإسلام بعد إسلام زوجها فحينئذ لا تستحق النفقة لأن الفرقة جاءت من قبلها بغير حق فكانت مبطلة لحقها فى النفقة.

٤ ـ تسقط بنشوزها بأن تكون سليطة اللسان على أهله المقيمين فى بيته والمترددين عليه.

إقامة المطلقة فى بيت الزوجية:

إذا وقعت الفرقة بين الزوجين فإن الزوجة يجب عليها أن تبقى فى بيت الزوجية خلال فترة العدة وفى المسكن الذى كانت تقيم فيه وقت حصول الفرقة سواء كانت معتدة من طلاق أو فسخ أو وفاة لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلا يَخْرُجْنَ إِلاَّ أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾[1] فقد نهى الأزواج عن إخراج المعتدات ونهى المعتدات عن الخروج والنهى يقتضى تحريم المنهى عنه، هذا إذا لم يكن هناك عذر يمنع من إقامتها فيه، أما إذا وجد عذر يمنع من اقامتها فيه كأن ينهدم المنزل أو يخشى سقوطه، أو خافت من السكنى فيه على نفسها أو مالها أو نحو ذلك جاز لها الانتقال إلى منزل آخر.

وإذا كان خروج المعتدة من المنزل الذى كانت تسكنه وقت وقوع الفرقة محرمًا كانت ملازمتها له خلال فترة العدة واجبة والحكمة فى إلزام المعتدة بالبقاء فى المسكن الذى كانت تقيم فيه وقت وقوع الفرقة أنها إذا كانت مطلقة فإن بقاءها فى المنزل الذى كانت تقيم فيه مع زوجها يمكنه من مراقبة أحوالها وصيانتها حتى تنتهى عدتها منه وربما يرى منها خلال هذه الفترة ما يرغبه فى مراجعتها وإعادة الحياة الزوجية إلى ما كانت عليه.

وإذا كان متوفى عنها زوجها فإن بقاءها فى نفس المنزل يجعلها قريبة من المعالم والأمكنة التى كانت تعيش فيها مع زوجها فيحملها ذلك على ذكر زوجها والقيام بالوفاء له وإتمام ما أمرها الشارع به.

وقد يقول قائل أن العرف الآن يجرى على أن المرأة لا تبقى بعد طلاقها فى المنزل الذى كانت تقيم فيه مع زوجها بل تنتقل منه بمجرد طلاقها إلى منزل أهلها ويعتبرون بقاءها فى منزل من طلقها أو أسرته أمرًا قبيحًا وغير لائق. ولكن يرد على ذلك بأن العرف المعترف به هو الذى لا يعارض نصًا أو إجماعًا والعرف هنا يعارض قوله تعالى: ﴿لا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلا يَخْرُجْنَ إِلاَّ أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾.

(١) الطلاق: الآية الأولى.

وعلى هذا فلا يجوز أن يعول على هذا العرف ولا يلتفت إليه. ولكن ينبغى الآن ألا يعتبر خروج المطلقة إلى منزل أهلها دون عذر نشوزاً يستوجب حرمانها من نفقة العدة.

متعة المطلقة أو متاعها

المتعة أو المتاع شرعًا: «مال يصل به المطلق المطلقة جبرًا لوحشة الفراق»، يقول الله تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ (٢٤١) كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ آيَاتِهِ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ﴾[١].

هل المتعة أو المتاع حق لكل مطلقة؟

أوجب الله تعالى المتاع للمطلقات كما هو ظاهر من النص القرآنى السابق، ولكنه نص عام فهل يبقى على عمومه أم قد يدخله التخصيص؟

ذهب بعض الفقهاء إلى أن النص عام فى كل مطلقة حتى من طلقت قبل الدخول وقد سمى لها مهرا يجب لها المتاع بجانب نصف الصداق المفروض، بل إن ابن حزم يرى أنها تجب أيضا للمفتدية[٢].

وذهب فريق آخر إلى أن المتاع واجب للمطلقة بعد الدخول مطلقا، وللمطلقة قبل الدخول التى لم يفرض لها صداق، أما المطلقة قبل الدخول والتى فرض لها صداق فإنها تستحق نصف الصداق المفروض وليس لها متاع لقوله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾[٣]، كذلك لا متاع للمفتدية ومن فى معناها لأن المتاع إنما وجب شرعًا ليجبر حاجات المرأة النفسية والمادية وذلك إنما يتأتى حينما يكون الطلاق من قبل الرجل ولا تكون المرأة طالبة له راضية عنه ولا يكون بسبب من جهتها، وهذا هو ما نرجحه ونؤيده.

مقدار المتاع: أوجب الله المتاع للمطلقات ولكنه سبحانه وتعالى ترك تحديد مقداره وبين أن يكون المتاع بالمعروف حسب حالة الزوج يسراً وعسراً، يقول سبحانه: ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾.

(١) الآيتان ٢٤١، ٢٤٢ من سورة البقرة.
(٢) المحلى لابن حزم جـ ١١ ص ٦٠٢ وما بعدها.
(٣) البقرة: ٢٣٧.

القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ومتعة المطلقة:

نصت المادة ١٨ مكررًا من هذا القانون على ما يلى: «الزوجة المدخول بها فى زواج صحيح إذا طلقها زوجها بدون رضاها ولا بسبب من قبلها تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل وبمراعاة حال المطلق يسرًا وعسرًا وظروف الطلاق ومدة الزوجية، ويجوز أن يرخص للمطلق فى سداد هذه المتعة على أقساط». ونرى أن ما ورد فى المادة السابقة من إيجاب المتعة للزوجة المدخول بها دون رضاها ولا بسبب من قبلها هو القول الذى رجحناه، وقد خص هذا التقنين المدخول بها بالذكر، لأن غير المدخول بها إذا كان قد سمى لها مهرًا فنصف المسمى يقوم مقام متعتها الواجبة وهذا ثابت بالنص القرآنى القطعى الدلالة، أما إذا لم يكن قد سمى لها مهرا فمتعتها الواجبة ثابتة بنص القرآن: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾(١).

ولكن لنا على هذا النص ملاحظتان:

الملاحظة الأولى: هو ما نصت عليه المادة من أن الحد الأدنى الذى يجب أن يلتزم به القاضى فى تقدير المتعة هو مقدار نفقة سنتين على الأقل. إذ فى هذا التقدير خروج صريح على حكم الله تعالى فى قوله: ﴿عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ﴾.

كذلك فى هذا التقدير خروج على ما أجمع عليه جمهور الفقهاء. كما أن المتعة ليست من المقدرات الشرعية الثابتة بالنصوص، إنما هى ـ فى مقدارها الواجب ـ أمر اجتهادى ترك أمر تقديره للعرف العام المتغير زمانًا ومكانًا، بالإضافة إلى ظروف الطلاق فى كل واقعة، والمعتبر فيها دائما أن تكون بحيث تحقق الحكم والأهداف التى تبغيها الشريعة من إيجابها.

لذلك كان من الواجب ترك أمر تقدير هذه المتعة إلى القاضى يراعى فيه ظروف الطلاق، ومدى إساءة استعمال الزوج هذا الحق أو وضعه فى موضعه، ومدى ما لحق بالزوجة من جراء ذلك دون أن يكون القاضى ملزمًا فى هذا كله بحد أعلى أو أدنى، وذلك أنه فى حالات متعددة لا يساوى مجموع الاعتبارات السابقة نفقة سنتين.

ولا يضر عدم التحديد مطلقًا، لأن المجال حينئذ يكون مطلقًا أمام القاضى ـ عند الاختلاف والنزاع ـ ليحدد المتعة اللائقة لظروف الواقعة ويحكم بها مهما بلغت. أما إلزام

(١) البقرة: ٢٣٦.

القاضى بحد أدنى فقد يكون فيه ـ فى بعض الحالات ـ شىء من الظلم للرجل إذا نظر إلى ظروف الطلاق والزواج وما ترتب عليهما من مهر ونفقة.

الملاحظة الثانية: أن هذا النص أساء إلى المرأة من حيث لا يشعر واضعوه فقد قيد الطلاق الذى تستحق فيه المطلقة المتعة بأن يكون ليس بسبب من قبلها، فقد فتح بهذا القيد بابا واسعا للتحايل والخروج على أحكام القانون وضياع كل حق للمرأة فى المتاع، بل ومن غير تحايل. فمن ذا الذى يطلق زوجته ويهدم سعادته بلا سبب؟ وأيضًا فإن هذه المادة تشجع من لا أخلاق له من الأزواج على اختلاق الأسباب والمبررات التى دفعته إلى الطلاق دفعا، وما أكثر شهود الزور.

لذلك كان من الواجب ترك هذا القيد وترك الأمر كله إلى القاضى يراعى فيها كل الظروف حتى لا يتخذ الأزواج هذا القيد ذريعة للتحايل على عدم دفعهم متعة المطلقة الواجبة ولذلك نرى تعديل نص المادة على النحو التالى: «الزوجة المدخول بها فى زواج صحيح إذا طلقها زوجها بدون رضاها تستحق فوق نفقة عدتها متعة يراعى فيها حال المطلق يسراً وعسراً وظروف الطلاق وما لحق بالمطلقة بسببه ومدة الزوجية، ويجوز أن يرخص للمطلق فى سداد هذه المتعة على أقساط».

* * *

القسم الثالث

فى

حقوق الأولاد والأقارب

مقدمة

قدمنا أن من أهم أغراض الزواج التوالد والنسل، لأن الانسان بفطرته يميل إلى الولد، ويود أن يكون له أولاد يبادلهم العطف والمحبة، ويعتز بهم ويستعين بهم على نوائب الزمان.

ومجىء الأولاد مقصود لذاته، بل ليكونوا أعضاء صالحين فى المجتمع ولن يكون ذلك إلا بتكوين أسر يتم بها بناء المجتمع، ولا تتحقق الأسرة إلا برباط بين أفرادها ليعيشوا متحابين متعاطفين.

هذا الرباط جعله الشارع النسب، وهو الحق الأول للولد يدفع به عن نفسه الذل والضياع، كما أنه حق لوالديه يحفظ به الأب ولده من أن ينسب لغيره، وتدفع به الأم عن نفسها العار والتهم.

ويأتى بعده حق الرضاع الذى يحفظه من الهلاك فى مستهل حياته، لأنه الوسيلة الوحيدة لتغذيته، وهو فى هذه المرحلة وما بعدها يحتاج إلى من يرعى شئونه فكان له حق الحضانة ثم الولاية، وبما أنه ينشأ ضعيفًا عاجزًا عن التكسب فيكون فى حاجة إلى من ينفق عليه فكانت النفقة على الوالدين أولاً وعلى من يحل محلهما من الأقارب إن ثبت عجزهما أو فارقا الحياة.

وسندرس هذه الحقوق فى خمسة أبواب:

الباب الأول: فى النسب.

الباب الثانى: فى الرضاع.

الباب الثالث: فى الحضانة.

الباب الرابع: فى الولاية بنوعيها: الولاية على النفس، والولاية على المال.

الباب الخامس: فى نفقة الأولاد والأقارب.

الباب الأول
النسب وأحكامه

تمهيد: عنى الشارع الحكيم بالنسب فنظمه وأرسى قواعده حفظًا له من الفساد والاضطراب، وجعله من النعم التى امتن بها على عباده بقوله جل شأنه: ﴿وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا﴾(١).

كما جعل له سببًا واضحًا كريمًا يتفق وكرامة بنى آدم وهو الاتصال بالمرأة عن طريق الزواج وما ألحق به من ملك اليمين، ولم يتركه لأهواء الناس ورغباتهم يهبه الشخص لمن يحب، ويمنعه عمن لا يحب، فأبطل طرقه غير المشروعة التى كانت شائعة فى الجاهلية من التبنى ومن إلحاق الأولاد عن طريق الفاحشة، يقول جل شأنه: ﴿وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكُمْ قَوْلُكُم بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ﴾(٢).

ويقول رسول الله ﷺ: «الولد للفراش وللعاهر الحجر».

وشدد النكير على الأباء الذين يجحدون نسب أولادهم فيقول صلوات الله وسلامه عليه فيما رواه أبو داود والنسائى عن أبى هريرة: «أيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه(٣) احتجب الله منه يوم القيامة وفضحه على رءوس الأولين والآخرين» لأن فى هذا الإنكار تعريضا للولد وأمه للذل والعار.

كما توعد الأبناء الذين ينتسبون إلى غير ابائهم بقوله: «من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة حرام عليه»، لأن الانتساب إلى غير الآباء من أكبر العقوق لهم.

وكذلك حذر النساء من أن ينسبن إلى أزواجهن من يعلمن أنه ليس منهم فيقول:

---

(١)سورة الفرقان الآية ٥٤.

(٢) سورة الأحزاب الآية ٤.

(٣) سبل السلام جـ ٣ ص ١٩٣، ومعنى وهو ينظر إليه. اى يعلم أنه ولده.

«وأيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله فى شىء ولن يدخلها جنته»[1].

ولما كان محل النسب وهو الولد لا يجىء إلا بعد مخالطة جنسية بين رجل وامرأة وحمل المرأة نتيجة لتلك المخالطة، ثم ولادة يجىء بعدها ثبوت النسب الذى يكون حال قيام العلاقة الزوجية أو بعد افتراقهما بفسخ أو طلاق أو موت الرجل، وهذا لا يكون إلا إذا ولدته فى فترة معينة اقتضى ذلك بيان الأمور الآتية:

أقل مدة الحمل وأقصاها، وإثبات الولادة وتعيين المولود ومن له الحق فيه، والطرق التى يثبت بها النسب نعقد لها ثلاثة فصول ثم نتبعها بفصل أخير فى أحكام اللقيط.

(١) المرجع السابق وهوجزء الحديث السابق «أيما رجل جحد ولده . . .».

الفصل الأول
فى أطراف النسب ومن له الحق فيه

أولاً: أطراف النسب:

أطراف النسب ثلاثة: الأب ـ الأم ـ الولد[١]. وذلك لأن النسب رابطة ولا تتحقق هذه الرابطة فى أصل نشأتها إلا بوجود هذه الأطراف الثلاثة.

إلا أن الأب الذى يتكون الولد منه لا يعترف بأبوته ولا تثبت له حقوق هذه الأبوة ولا لولده حقوق البنوة إلا إذا كانت معاشرته ومخالطته لأم ذلك الولد مما يحل أو مما يكون فيه شبهة الحل. فإذا تحقق فى مخالطته للمرأة ذلك وثبتت أبوته للولد فإن هذا الولد ينسب إليه لا إلى الأم وذلك باعتبار أن الأب هو رب الأسرة والمسئول عنها ولا يعنى هنا نفى نسبه من الأم ولا يرفع الحقوق المترتبة على هذا النسب فهو وإن لم يذكر فى اسم الولد فهو موجود وقائم ويترتب عليه آثاره. أما إذا لم يثبت نسب الولد من أبيه كما فى ولد الزنا فإنه ينسب إلى أمه ويقرن اسمه باسمها للتعريف به.

ثانيًا: من له الحق فى النسب:

ثبوت نسب الولد من أبيه وإن كان أثرًا من الآثار التى تترتب على عقد الزواج بحكم الشرع حتى ولو اتفق الزوجان عند العقد على نفيه إلا أنه ليس حكمًا مجردًا بل هو حق لأطراف النسب التى ذكرناها. فهو حق للأب وحق للأم. وحق للولد نفسه، وكذلك هو حق لله تعالى.

فالنسب حق للأب: لأن من حقه صيانة الولد الذى وجد منه وحفظه من الضياع، ولأنه يترتب على ثبوت نسبه من الأب حقوق أخرى كحقه فى أن ينفق هذا الابن عليه إذا كان هذا الأب محتاجًا وكان الابن قادرا على الكسب، وكحقه فى الولاية عليه حال صغره وضمه إليه بعد أن تنتهى مدة حضانته، وكحق الأب فى الإرث من تركة هذا الابن إذا مات هذا الابن قبل أبيه.

---

(١) حقوق الأولاد والأقارب للدكتور محمد الحسينى حنفى ص ١٠ وما بعدها.

ويترتب على كون هذا حقًا للأب صلاحيته خصمًا فى دعوى النسب فيكون مدعيًا ومدعى عليه.

والنسب كذلك حق للأم: لأن من حقها أن تدفع عن نفسها تهمة الزنا. وأن تصون ابنها من الضياع، ولذلك فهى تصلح خصمًا فى دعوى نسب ابنها من أبيه ما دام فى يدها سواء كانت دعوى النسب مجردة، أم كانت ضمن دعوى أخرى كدعوى النفقة والحضانة.

والنسب كذلك حق للولد نفسه: إذ أنه محتاج إلى دفع التعيير عن نفسه بكونه ولد زنا، ولأنه يترتب له حقوق أخرى إذا ثبت نسبه من الأب. كحقه فى النفقة والرضاع والحضانة والانضمام إلى أبيه فى السكنى بعد انتهاء حضانته. وحقه فى الإرث من أبيه بعد وفاته. إلى غير ذلك من الحقوق التى يثبتها له الشرع أو تثبتها له الأنظمة والقوانين. ويترتب على كون النسب حقًا للولد كذلك أن يثبت بمجرد السبب المنشىء له من زوجية صحيحة أو فاسدة دون حاجة إلى اعتراف الزوجين أو أحدهما به ودون نظر إلى إنكارهما إياه. فمتى ثبت أن الولد قد ولد فى أثناء قيام الزوجية أو فى أثناء قيام العدة منها وتوفرت شروط ثبوت النسب ثبت نسبه من الزوج، حتى لو اتفق كل من الزوجين على نفى نسبه. ولا يمكن نفى نسبه من الزوج إلا بحكم من القاضى بعد ملاعنة الزوجين عند توفر شروط اللعان.

ومما يترتب على كون النسب حقا للولد أيضًا أنه يحتاط فى إثبات نسب الولد بقدر الإمكان فيثبت نسب ولد الزوجة إذا جاءت به لستة أشهر من وقت العقد ولو لم يحصل بين الزوجين دخول ولا خلوة صحيحة أو فاسدة. أما لو جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت العقد لا يثبت نسبه للتيقن بأنها كانت حاملاً به قبل العقد إلا إذا ادعاه الزوج ففى هذه الحالة يثبت نسبه منه بناء على افتراض أنهما كانا زوجين وقت الحمل بالولد. أو على أنه قد خالطها وعاشرها بناء على شبهة. وذلك إحياء للولد وحفظًا له من الضياع[1].

والنسب كذلك فيه حق لله تعالى: يسمى بالحق العام. وهو ما يحقق مصلحة عامة للمجتمع، ونسب لله تعالى لعظم شأنه وشمول نفعه للمجتمع كله. والنسب فى ذاته من الأمور التى ترتبط بالمجتمع إذ عليه يقوم بناء الأسرة التى هى نواة المجتمع.

* * *

(١) حكم محكمة تلا الجزئية الشرعية فى ٢٨ أبريل سنة ١٩٥٣.

الفصل الثانى
فى بيان أقل مدة الحمل وأقصاها، وإثبات الولادة

أقل مدة الحمل: اتفق الفقهاء على أن أقل مدة الحمل التى يتكون فيها الجنين ويولد بعدها حيًا هى ستة أشهر استنبطوا ذلك من مجموع آيتين فى كتاب الله هما قوله تعالى: ﴿ووَصَّيْنَا الإنسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلاثُونَ شَهْرًا﴾(١).

وقوله جل شأنه: ﴿وَوَصَّيْنَا الإنسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَىٰ وَهْنٍ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ﴾(٢).

فقد قدرت الآية الأولى للحمل والفصال ثلاثين شهراً، وقدرت الثانية للفصال أى الفطام عامين، وبإسقاط الثانية من الأولى يبقى للحمل ستة أشهر وهو تقدير العليم الخبير.

ومما يؤيد ذلك الاستنتاج ما روى أن رجلا تزوج امرأة فجاءت بولد لستة أشهر من تاريخ الزواج، فرفع أمرها إلى عثمان رضى الله عنه فهمَّ بإقامة الحد عليها، فقال له ابن عباس رضى الله عنهما: «إنها لو خاصمتكم بكتاب الله لخصمتكم» أى غلبتكم قال تعالى: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلاثُونَ شَهْرًا﴾ وقال: ﴿وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ﴾، فإذا ذهب للفصال عامان لم يبق للحمل إلا ستة أشهر، فمنع عثمان الحد عنها، وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكر أحد ذلك، وإذا اعتبرت هذه المدة فى درء الحد لأن الحدود تدرأ بالشبهات اعتبرت أيضا فى إثبات النسب، لأنه مما يحتاط فى إثباته محافظة على النسل وصيانة للعرض.

أما أقصى مدة الحمل(٣): فقد اختلف الفقهاء فى تحديدها اختلافًا كبيرًا، نشأ هذا الاختلاف عن عدم ورود نص يحددها فى كتاب الله أو سنة رسول الله ﷺ وإنما اعتمد

(١) سورة الأحقاف الآية ٢٥.

(٢) سورة لقمان الآية ١٤.

(٣) عنى الفقهاء ببيان أقصى مدة الحمل لا لأجل ثبوت النسب حال قيام الزوجية حقيقة لأنه ثابت فيها على كل حال بعد أن يكون مضى ستة أشهر وإنما لأجل إثباته بعد الفرقة أو حالة غيبة الزوج.

تحديدهم لها على ما جرت به العادة فى ولادة النساء كما يرى البعض، أو على أثر يروى عن أم المؤمنين عائشة رضى الله عنها كما يرى فريق آخر، أو على إخبار بعض النسوة فى وقائع نادرة كما يرى غير هؤلاء وهؤلاء.

ولو صح الأثر المروى عن عائشة عند كل الفقهاء لقالوا بمقتضاه، لأنه فى التقديرات التى لا تعلم إلا بإخبار من رسول الله ﷺ، وإليك بعض هذه الأقوال بترتيبها التصاعدى.

يرى الظاهرية ـ كما حكاه ابن حزم فى المحلى ـ أن أقصى مدة الحمل تسعة أشهر بناء على الغالب والكثير، وقال ابن حزم: إنه مروى عن عمر[1].

وقال محمد بن عبد الحكم أحد فقهاء المالكية: إن أقصاها سنة قمرية.

وذهب الحنفية إلى أن أقصاها سنتان استنادًا إلى ما روى عن عائشة رضى الله عنها إنها قالت: «لا تزيد المرأة فى الحمل على سنتين قدر ما يتحول ظل عمود المغزل» تريد أن الجنين لا يبقى فى بطن أمه أكثر من سنتين ولو لفترة يسيرة عبرت عنها بتحول ظل عمود المغزل.

ويذهب الشافعية إلى أن أقصاها أربع سنوات، ويوافقهم المالكية فى القول المشهور عندهم. وفى القول الآخر أنها خمس سنوات، وهناك من يزيد على ذلك.

ويقول ابن رشد فى بداية المجتهد بعد حكاية هذه الأقوال: وقول ابن عبد الحكم والظاهرية هو أقرب إلى المعتاد، والحكم يجب بالمعتاد لا بالنادر.

وإذا عرفنا أن أكثر هذه الأقوال لا يستند إلى دليل قوى بل كان الباعث عليها هو الاحتياط فى ثبوت النسب وعدم إهداره، وعرفنا مع ذلك أن المسائل المتروكة بدون تقدير يرجع فيها إلى أهل الخبرة وأنه بعد تقدم الطب يكون المرجع فى ذلك تقدير الأطباء، وقد قدروا أن الولد لا يمكث فى بطن أمه أكثر من سنة قدروها بـ ٣٦٥ يوما ليشمل الحالات النادرة.

من أجل ذلك عدل المشرع فى مصر عن الأخذ بمذهب أبى حنيفة الذى كان معمولاً به لما ترتب على العمل به تحايل بعض النسوة فى وقائع كثيرة ترتب عليها مفاسد كثيرة. واستقر العمل على أن أقصى مدة الحمل ٣٦٥ يومًا.

---

(١) المحلى جـ ١٠ ص ٣١٦.

إثبات الولادة:

إذا دعت المرأة أنها ولدت هذا المولود فأما أن يصدقها الرجل فى دعواها أو ينكرها، فإن صدقها ثبت النسب إذا توفرت شروط ثبوته، وإن لم يصدقها بأن أنكر دعواها كان على المرأة اثبات دعواها، فبم تثبت هذه الدعوى؟

هذا الإنكار إما أن يكون لأصل الولادة، وإما أن يكون لنوع المولود بعد الاعتراف بأصل الولادة، فإن كان الإنكار لأصل الولادة بأن يكون جوابه على دعواها: زوجتى أو مطلقتى لم تلد شيئًا وهذا الذى تدعى ولادته لقيط، وفى هذا الإنكار تختلف طرق الإثبات باختلاف حالات المرأة عند ادعائها، لأنها قد تكون زوجة أو مطلقة رجعيًا أو بائنًا أو معتدة من وفاة، وحال ظهور الحمل أو اعتراف الزوج به أو لا.

فقد تثبت الدعوى بقول المرأة نفسها، وقد تثبت بشهادة امرأة مقبولة الشهادة سواء كانت هى القابلة أو غيرها، وقد تحتاج إلى بينة كاملة رجلين أو رجل وامرأتين من العدول وهذا عند أبى حنيفة.

وتفصيل مذهب أبى حنيفة: إذا كان الحبل ظاهرًا أو كان الزوج معترفًا بوجوده أو ورثته بعد وفاته فلا تحتاج إلى اثبات بل يكفى قول المرأة نفسها، لأن الحمل المفضى إلى الولادة ثابت بظهور أماراته أو الاعتراف به فيثبت ما يفضى إليه، وهو الولادة بمجرد إخبار المرأة بها.

وإن لم يكن الحمل ظاهرًا ولم يكن معترفًا به فلا يكفى قول المرأة، بل لابد من بينة للاثبات، ويكفى شهادة امرأة من أهل العدالة إذا كانت المرأة المدعية زوجة أو كانت معتدة من طلاق رجعى والدعوى بعد مضى سنتين أو أكثر من وقت الطلاق إذا لم تكن أقرت بانقضاء العدة، أما إذا كانت معتدة من طلاق بائن أو معتدة وفاة فلابد من شهادة كاملة.

أما المعتدة من طلاق رجعى إذا ادعت الولادة قبل مضى سنتين ففيها رأيان. رأى يجعلها كالزوجة، والآخر يجعلها كالمعتدة من طلاق بائن وهو أرجح لأن ادعاءها الوضع قبل مضى سنتين اعتراف منها بانقضاء عدتها فتكون كالمبتوتة، وإنما احتيج هنا إلى شهادة كاملة، لأن الشهادة وإن كانت لإثبات الولادة إلا أنها سيترتب عليها ثبوت النسب من الزوج المطلق أو المتوفى، وثبوت النسب يحتاج إلى حجة كاملة لأن المرأة بعد الولادة تكون

مقرة بانقضاء عدتها، وبانقضائها تصير أجنبية، ودعوى النسب من الأجنبية تحتاج إلى بينة كاملة.

هذا ويشترط المالكية والشافعية فى اثبات الولادة تعدد الشهود من النساء فالشافعية لابد من أربع منهن ويكتفى المالكية بشهادة امرأتين.

أما صاحبا أبى حنيفة أبو يوسف ومحمد: فقد ذهبا إلى أنها فى جميع الحالات تثبت الولادة بشهادة امرأة من أهل العدالة. سواء كان الحمل ظاهرًا أو لا اعترف به الزوج أو الورثة بعد وفاته أو لا، لأن الفرض أن الرجل أنكر الولادة فتكون دعوى المرأة مجردة فتحتاج إلى إثبات، ويكفى فيها شهادة المرأة المقبولة الشهادة، لأن الولادة من الأمور التى لا يطلع عليها الرجال، فقد ثبت أن رسول الله ﷺ «أجاز شهادة القابلة»، وروى عن الزهرى أنه قال: «مضت السنة بجواز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن من ولادة النساء وعيوبهن».

وإذا كان الأطباء فى هذا الزمن يقومون بعملية الولادة فيكفى شهادة الطبيب الذى باشر الولادة أو أى رجل آخر شاهد الولادة إذا لم يكن تعمد النظر، لأنه حينئذ يكون فاسقًا مردود الشهادة.

أما إذا كان النزاع فى تعيين المولود: كأن تقول هو ذكر، وهو يقول لها إنه أنثى. فيكفى فى إثبات نوعه شهادة امرأة من أهل العدالة أو شهادة الطبيب المولد سواء كان النزاع فى حال قيام الزوجية حقيقة أو فى العدة مطلقًا، وهذا بالاتفاق بين أبى حنيفة وصاحبيه، لأن الولادة إذا ثبتت كان تعيين المولود سهلاً فلا يشترط فيه شهادة كاملة.

* * *

الفصل الثالث
فى طرق إثبات النسب أو الأمور التى يثبت بها

وفيه مباحث:

يثبت النسب بأحد أمور ثلاثة: الفراش، والإقرار، والبينة.

المبحث الأول
فى الفراش

الفراش فى الأصل ما يبسط للجلوس أو النوم عليه، ويكنى به عن المرأة التى يستمتع بها الرجل يقول جل شأنه: ﴿وَفُرُشٍ مَّرْفُوعَةٍ ﴿٣٤﴾ إِنَّا أَنشَأْنَاهُنَّ إِنشَاءً ﴿٣٥﴾ فَجَعَلْنَاهُنَّ أَبْكَارًا ﴿٣٦﴾ عُرُبًا أَتْرَابًا ﴿٣٧﴾ لِّأَصْحَابِ الْيَمِينِ﴾[١].

فكنى بالفراش عن النساء وهن الحور العين.

والمراد بالفراش هنا: الزوجية القائمة بين الرجل والمرأة عند ابتداء حملها بالولد، أو كون المرأة معدة للولادة من شخص معين، وهو لا يكون إلا بالزواج الصحيح وما ألحق به، فإذا ولدت الزوجة بعد زواجها ـ بشروط سيأتى بيانها ـ ثبت نسبه من ذلك الزوج دون حاجة إلى إقرار منه بذلك أو بينة تقيمها الزوجة على ذلك لما رواه الجماعة إلا أبا داود عن أبى هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «الولد للفراش وللعاهر الحجر» يريد أن الولد لصاحب الفراش كما جاء فى لفظ البخارى وهو الزوج، وللعاهر وهو الزانى الرجم عقوبة على جريمته إن كانت تستوجب الرجم، أو الخيبة والخسران ولا نسب له لو نازع فيه[٢].

---

(١) سورة الواقعة من الآية ٣٤ إلى الآية ٣٨.

(٢) لكن المعنى الثانى ارجح، لأنه ليس كل زان يرجم، وجاء هذا من الرسول على نهج الأسلوب العربى لأنهم يقولون للذى لم ينل خيراً بفيه التراب أو له الحجر. نيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٩٥ وما بعدها.

والسبب فى ثبوت النسب بالفراش دون توقف على إقرار أو بينة هو أن عقد الزواج الصحيح يبيح الاتصال الجنسى بين الزوجين، ويجعل الزوجة مختصة بزوجها يستمتع بها وحده وليس لغيره أن يشاركه ذلك الاستمتاع، بل ولا الاختلاء بها خلوة محرمة، فإذا جاءت بولد فهو من زوجها، واحتمال أنه من غيره احتمال مرفوض، لأن الأصل حمل أحوال الناس على الصلاح حتى يثبت العكس.

شروط ثبوت النسب بالفراش:

وإذا كانت الشريعة جعلت الفراش طريقًا لإثبات النسب بمفرده، لكن ذلك يتوقف على توفر شروط بعضها متفق عليه بين الفقهاء، وبعضها مختلف فيه، وإليك هذه الشروط:

١ ـ إمكان حمل الزوجة من زوجها. بأن يكون الزوج ممن يتأتى منه الحمل، بأن يكون بالغا أو مراهقا على الأقل، فلو كان صغيراً دون ذلك لا تعتبر الزوجة فراشًا، لأنه لا يتصور أن تحمل منه زوجته، ومن ثم لا يثبت نسب ولد وضعته زوجته مهما كانت المدة بين العقد والوضع، وهذا متفق عليه بين الفقهاء.

٢ ـ إمكان التلاقى بين الزوجين عادة بعد العقد، وهو شرط عند الأئمة الثلاثة (مالك والشافعى وأحمد) لأن العقد جعل المرأة فراشًا باعتبار أنه يبيح هذا الاتصال الذى هو سبب حقيقى للحمل، فلو انتفى إمكان التلاقى عادة وجاءت بولد بعد مضى ستة أشهر من حين العقد عليها لا يثبت نسبه منه.

وخالف الحنفية فلم يشترطوا ذلك فقالوا: إن مجرد العقد يجعل المرأة فراشًا لأنه مظنة الاتصال، فإذا وجد كفى، لأن الاتصال لا يطلع عليه بخلاف العقد.

وقد فرعوا على ذلك أنه لو تزوج رجل فى المشرق بامرأة فى المغرب بينهما مسافة سنة فولدت لستة أشهر من تاريخ العقد ثبت نسبه، لاحتمال أن الزوج من أصحاب الكرامات الذين تطوى لهم المسافات.

وقيد قيل فى تبرير هذا المذهب: إنهم لم يخالفوا فى اشتراط إمكان التلاقى بين الزوجين ولكنهم اكتفوا بالإمكان العقلى ـ كما يقول الكمال بن الهمام، وإن هذا الفرض ـ وهو تزوج المشرقى بالمغربية كان مانعًا من الاتصال فى زمنهم لبعد الشقة وصعوبة المواصلات

ولكنه بعد إختراع الطيران الذى يقطع المسافات الطويلة فى وقت قصير كما يقول بعض الكاتبين فى هذا العصر، فلا مانع وفوق هذا وذاك إنه احتياط فى المحافظة على الأولاد من الضياع.

ولكن مهما قيل من ذلك فإنه لا يسوغ العمل بهذا المذهب لأن الإمكان العقلى شيء والواقع شيء آخر، وليست المشكلة مشكلة صعوبة المواصلات وسهولتها، والكرامة للأولياء - مع ثبوتها - ليست ثابتة لكل زوج مغترب بعيد عن زوجته، والاحتياط يعمل به فى الموضع الذى يحتمله.

فإذا تزوج شخص الآن بالمراسلة أو بالوكالة ولم يرَ زوجته إلا بعد سنة من حين العقد ثم وجدها تحمل بين ذراعيها طفلاً وتقول له هذا ولدك. أنقول له إنه ولدك لأن الاحتياط والمحافظة عليه من الضياع يقضيان عليك بذلك؟

وماذا يكون الحال لو تزوج رجل وعاش مع زوجته فترة من الزمن أنجب فيها طفلاً ثم سافر فى بعثة طالت مدتها إلى سنوات لم يرجع إلى مقر زوجته فيها ولم تنتقل هى إليه ثم عاد فوجد الطفل طفلين أو ثلاثة؟! الحق أحق أن يتبع ولابد من اشتراط إمكان التلاقى عادة على الأقل.

٣ - أن تلد الزوجة لستة أشهر على الأقل من تاريخ العقد عليها عند الحنفية والأئمة الثلاثة ولكن مع التلاقى، لأن أقل مدة الحمل ستة أشهر كما قدمنا، ومن وقت المخالطة فى الزواج الفاسد لأن المرأة لا تصير فراشًا إلا بها فلو أتت به لأقل من ذلك لا يثبت نسبه إلا إذا ادعاه ولم يصرح بأنه من الزنا، فيثبت نسبه ويحمل ذلك على أن المرأة حملت به منه قبل العقد الصحيح عليها بناء على عقد آخر صحيح أو فاسد أو مخالطة لها بشبهة حفاظا على الولد من الضياع وسترًا على الأعراض، ويكون ثبوت النسب هنا بالإقرار لا بالفراش.

٤ - أن تلده لأقل من أقصى مدة الحمل - على الاختلاف السابق فيها - من وقت الفرقة بالطلاق البائن أو الموت، فإذا جاءت به لسنتين فأكثر من حين الفرقة لا يثبت نسبه بالفراش السابق عند الحنفية، لأنه تبين أنها حملت به بعد انتهاء الفراش يقينًا.

وإذا كان الطلاق رجعيًا ثبت نسبه منه فى أى وقت تجىء به ولو مضى سنتان فأكثر من وقت الطلاق ما لم تقر بانقضاء عدتها بعد طلاقها منه، ويحمل ذلك على أنه راجعها بعد الطلاق فى عدتها التى قد يطول وقتها إذا امتد طهرها ويكون ثبوته بالفراش الذى استدامته الرجعة.

تلك هى شروط ثبوت النسب بالفراش، فإذا تخلف منها شرط لا يثبت النسب منه إلا إذا ادعاه عند الحنفية، ويكون ثبوته فى هذه الحالة بالدعوة لا بالفراش، وإذا توافرت ثبت النسب.

ولا يملك نفيه إلا بعد إجراء اللعان الشرعى إذا توفرت شروطه، وهى تتلخص فيما يلى:

١ ـ أن ينفى الولد عند الولادة أو فى مدة التهنئة بالمولود عند أبى حنيفة، أو فى مدة النفاس عند الصاحبين إذا كان حاضراً وقت الولادة، أو وقت حضوره أو وقت التهنئة إن كان غائبا عند أبى حنيفة، وفى مقدار مدة النفاس عندهما.

٢ ـ ألا يكون الزوج أقر بالولد صراحة أو دلالة كقبوله التهنئة أو سكوته عندها ولم يرد.

٣ ـ أن يكون كل من الزوجين أهلا للعان عند ابتداء الحمل بالولد.

٤ ـ أن يكون الولد حيًا عند الحكم بقطع النسب بعد إجراء اللعان والقضاء بنفيه منه، فلو مات قبل القضاء بنفى نسبه لا ينتفى نسبه، لأن النسب تقرر بالموت.

وإذا انتفى نسبه باللعان لا يجوز عند الحنفية أن يلحق بغيره لو ادعاه لاحتمال أن يكذب الزوج نفسه ويعترف بنسبه على ما بيناه من قبل.

ثبوت النسب فى الزواج الفاسد:

الزواج الفاسد لا تصير به المرأة فراشًا بالعقد بل بالدخول الحقيقى على المفتى به فى المذهب الحنفى وهو قول محمد بن الحسن، فإذا ولدت المتزوجة زواجًا فاسدًا لأقل من ستة أشهر من حين الدخول الحقيقى لا يثبت نسبه من الزوج إلا إذا ادعاه ولم يصرح أنه من الزنا، وإن جاءت به لستة أشهر فأكثر ثبت نسبه بدون دعوى منه.

وإذا أتت به بعد المتاركة لأقل من سنتين من تاريخ الفرقة عند الحنفية، ثبت نسبه.

وإذا ولدته لأكثر من ذلك لا يثبت نسبه.

ويلاحظ هنا: أن الولد إذا ثبت نسبه بالزواج الفاسد لا ينتفى بنفيه، لأن النسب الثابت بالفراش لا ينتفى إلا باللعان، ولا لعان إلا فى الزواج الصحيح وبناء عليه يكون الفراش الثابت بالزواج الفاسد أقوى من الفراش الثابت بالزواج الصحيح. هكذا يقولون:

ثبوت النسب بالمخالطة بشبهة: هذه المخالطة لا تصير بها المرأة فراشًا، بل شبهة الفراش فإذا ولدت بعد أن خالطها بشبهة لا يثبت نسبه بتلك الشبهة إلا إذا انضم إليها الدعوة، وحينئذ يكون ثبوت النسب بالإقرار لا بالفراش.

أما ثبوت النسب بعد الفرقة بين الزوجين فهوعلى التفصيل الآتى:

١ ـ **المطلقة قبل الدخول:** إذا ولدت ولدًا لستة أشهر من وقت العقد ولأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق ثبت نسبه من زوجها لإمكان الحمل منه وقت الفراش عند الحنفية الذى يثبت عندهم بمجرد العقد كما قدمنا، وإن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت العقد لا يثبت نسبه، لأنه يدل على أنها حملت قبل أن تكون فراشًا لهذا الزوج، وإن جاءت به لستة أشهر من وقت الطلاق لا يثبت نسبه منه، لاحتمال أنها حملت بعد الطلاق من غيره، واحتمال أنها حملت قبل الطلاق من غيره، واحتمال أنها حملت قبل الطلاق لا يكفى لإثبات النسب هنا، لأن زوجيتها انقطعت بهذا الطلاق البائن حيث لا عدة عليها.

وقد عللوا ذلك: بأن القاعدة عندهم. أن كل امرأة لا تجب عليها العدة لا يثبت نسب ولدها من زوجها إلا إذا علم يقينًا أنه منه بأن تأتى به لأقل من ستة أشهر من حين الطلاق، وكل امرأة تجب عليها العدة يثبت نسب ولدها من زوجها إلا إذا علم يقينًا أنه ليس منه بأن تجيء به لأكثر من مدة الحمل.

٢ ـ **المطلقة بعد الدخول:** ولها حالتان. إما أن تقر بانقضاء عدتها قبل الولادة أولاً. فإذا أقرت بانقضاء عدتها فى مدة يحتمل انقضاء العدة فيها، ثم جاءت بولد لستة أشهر فأكثر من وقت الإقرار فلا يثبت نسبه من مطلقها سواء كان الطلاق رجعيًا أم بائنًا، لاحتمال أن يكون الحمل من غيره بعد العدة، وان ولدته لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار بانقضاء عدتها ثبت نسبه وتكون كاذبة فى إقرارها لأنها وقت الإقرار كانت حاملاً بيقين.

وإذا لم تقر بانقضاء عدتها وجاءت بولد لأقل من سنتين من وقت الطلاق ثبت نسبه من مطلقها سواء كان الطلاق رجعيًا أم بائنًا.

وإن جاءت به لسنتين فأكثر من وقت الطلاق ثبت نسبه إذا كان الطلاق رجعيًا، ويحمل على أن زوجها خالطها أثناء العدة وتكون رجعة.

وإن كان الطلاق بائنًا لا يثبت نسبه، لأن الحمل كان بعد زوال الفراش إلا إذا ادعاه، فإنه يثبت نسبه بالدعوة لا بالفراش، ويجعل هذا الادعاء على أنه خالطها بشبهة أثناء العدة.

٣ـ **المتوفى عنها زوجها**: إما أن تدعى الحمل أولا.

فإن ادعت الحمل وجاء بولد لأقل من سنتين من تاريخ الوفاة ثبت نسبه من زوجها لقيام الفراش حتى حملها، وإن جاءت به لسنتين فأكثر لا يثبت نسبه للتيقن بأن علوقها به كان بعد الموت.

وإن لم تدع الحمل وأقرت بانقضاء عدتها بمضى أربعة أشهر وعشرة أيام ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت انقضاء عدتها الذى زعمته ثبت نسبه لإمكان علوقها به قبل وفاته وظهور كذبها فى دعوى انقضاء عدتها.

وإن جاءت به لستة أشهر فأكثر من وقت انقضاء عدتها لا يثبت نسبه لاحتمال أن يكون حملها من غير زوجها بعد انقضاء عدتها.

ثبوت النسب فى مصر:

كان العمل جاريًا على مذهب أبى حنيفة فى ثبوت النسب فكان أقصى مدة الحمل سنتان، وأن النسب يثبت بالفراش السابق لولد المطلقة أو المتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأقل من سنتين من تاريخ الفرقة، وأنه يكفى لثبوت النسب بالفراش مجرد العقد دون اشتراط إمكان التلاقى بين الزوجين عادة مع ما قيل فى تبريره، وأن غياب الزوج عن زوجته غيبة محققة سواء كانت قبل الدخول بها أو بعد دخوله بها لا يمنع من إثبات نسب ما تلده من أولاد ما دامت الولادة جاءت فى ظل العقد القائم بينهما.

وقد كانت هذه الأمور باعثة على شكوى الناس من العمل به فى المحاكم المصرية حينًا من الدهر بعد أن فتح أبواب التحايل أمام طائفة من النسوة اللاتى لا أخلاق لهن لأن مدة السنتين بعد الفرقة مجال لكى تأتى المرأة بولد غير شرعى وتنسبه لمطلقها أو لزوجها المتوفى لكى تحصل على ميراثه منه، كما أن ثبوت النسب بمجرد العقد وإن لم يمكن التلاقى بين الزوجين عادة طريق لمثل ذلك، فرأى المشرع المصرى درءًا لهذه المفاسد العدول عن مذهب الحنفية الذى لا يستند إلى دليل صحيح من كتاب الله أو سنة صحيحة فوق أنه لا يتفق مع الواقع ولا مع ما قرره أهل الخبرة من الأطباء من أن الحمل لا يبقى فى بطن أمه أكثر من سنة قدروها بـ ٣٦٥ يومًا ليشمل جميع الحالات النادرة.

عدل المشرع عن مذهب أبى حنيفة وأخذ بما قرره الأطباء لقربه من قول محمد بن عبد الحكم الفقيه المالكى، وهو أن أقصى مدة الحمل سنة قمرية، مع اعتبار إمكان التلاقى بين الزوجين عادة بعد العقد وهو ما شرطه الأئمة الثلاثة، واستنادًا إلى قاعدة شرعية تقول: أن لولى الأمر أن يمنع قضاته من سماع الدعاوى التى يكثر فيها التزوير والاحتيال.

جاء ذلك فى المادة الخامسة عشرة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ونصها:

«لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقى بينها وبين زوجها من حين العقد، ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها، ولا لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من حين الطلاق أو الوفاة».

فهذه المادة بنيت على أمور كلها مخالفة لمذهب الحنفية. وهى إمكان التلاقى بين الزوجين، وإن أقصى مدة الحمل سنة، وأنه لا فرق بين المطلقة رجعيًا والمطلقة بائنًا.

لكن يلاحظ أنها منعت سماع الدعوى فقط دون التعرض للنسب بإثبات أو نفى، وقصرت ذلك على حالة إنكار المدعى على، لأنها الحالة التى يظهر فيها التزوير والاحتيال.

ومفهوم ذلك أنه إذا أقر الزوج بالولد فى حالات عدم التلاقى أو الغيبة أو الطلاق فإن النسب يثبت، فإذا أنكر كونه منه فى حالتى عدم التلاقى من حين العقد، وحالة غيبته عنها مدة سنة من حين الغيبة إلى الولادة، ورفعت الزوجة الدعوى لإثبات النسب وأنكر الزوج بناءً على أنه تزوجها بالمراسلة ولم يلتق بها أو أنه غاب عنها، فالمحكمة تسمع الدعوى أولا إلى أن يثبت الزوج بالدليل أنه لم يلتق بها أو أنه غاب عنها فترفض الدعوى، ولا يكون

لها الحق فى طلب الملاعنة بينها وبين زوجها ولا إقامة البينة على إثبات النسب، ومثلها حالة الغيبة، فان عجز عن إثبات ما يدعيه سمعت المحكمة الدعوى وسارت فيها.

تنبيه: وينبغى هنا التنبيه على ما قدمناه عند الكلام على ما شرطه القانون فى عقد الزواج فى مصر أن القانون رقم ٧٨ لنسة ١٩٣١ فى المادة (٩٩) منع فى حالة الإنكار من سماع دعوى الزوجية أو الإقرار بها إلا إذا كانت ثابتة بورقة رسمية فى الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة ١٩٣١، كما منع من سماع مثل هذه الدعوى إذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة أو سن الزوج تقل عن ثمان عشرة سنة. فهل ذلك يؤثر فى دعوى النسب؟

والجواب: أن هذا لا يؤثر فى دعوى النسب، فلقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لهذا القانون خاصًا بهذا الموضوع: وظاهر أن هذا المنع لا تأثير له شرعًا فى دعاوى النسب، بل هى باقية على حكمها المقرر كما كانت باقية عليه رغمًا من التعديل الخاص بدعوى الزوجية فى المادة (١٠١) من اللائحة التنفيذية.

المبحث الثانى
فى الإقرار

كما يثبت النسب بالفراش، وهو قاصر على اثبات نسب الأولاد، لأنه يكون بين رجل وامرأة بينهما علاقة حصل بينهما اتصال جنسى مشروع ولو بوجه، وولادة من المرأة فى ظل هذه العلاقة أو آثارها بعد انقطاعها فى العدة، وهو فى الواقع منشىء للنسب، ولا يحتاج إلى اقرار.

كما يثبت بذلك يثبت بالإقرار، ويسميه الفقهاء بثبوت النسب بالدعوة.

ومعنى الإقرار بالنسب: إخبار الشخص بوجود القرابة بينه وبين شخص آخر.

وهذه القرابة تتنوع إلى نوعين:

١ ـ قرابة مباشرة: وهى الصلة القائمة بين الأصول والفروع لدرجة واحدة كالبنوة والأبوة والأمومة.

٢ ـ قرابة غير مباشرة: وهى قرابة الحواشى الذين يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهما فرعًا للآخر كالأخوة والعمومة، ومثلها قرابة الأصول والفروع بعد الدرجة الأولى كالأجداد والحفدة.

أولاً: الإقرار بالنسب المباشر:

إقرار الشخص بالنسب على نفسه وهو الاقرار بأصل النسب وهذا يكون بالولد الصلبى ابنا أو بنتًا والوالدين المباشرين له. كأن يقول: هذا ابنى أو أبى، أو ابنتى أو أمى.

وفى هذا النوع إذا توفرت شروط صحة الإقرار يثبت النسب وأصبح المقر بنسبه ابنًا أو بنتًا أو أبًا أو أمًا، ولا يجوز له الرجوع عن هذا الإقرار. وإنما كان هذا إقراراً بالنسب على نفس المقر لأن النسب فيه علاقة بينه وبين المقر له فقط وليس فيه تحميل النسب على غيرهما، وإذا ثبتت هذه القرابة ترتبت جميع الآثار عليها وتتعدى هذه الآثار إلى جميع الأقارب والأرحام دون استثناء.

شروط ثبوت النسب بالإقرار بالنسب المباشر:

ويشترط لثبوت النسب به فى حالة الإقرار بالبنوة الشروط الآتية:

١ ـ أن يكون المقر له بالبنوة مجهول[١] النسب حتى يمكن إثبات بنوته للمقر، فلو كان له نسب معروف لم يصح الإقرار، لأن الشخص لا يكون له أبوان، ونسبه الثابت قبل الإقرار لا يقبل الفسخ كما لا يقبل التحويل.

ويلاحظ أن ولد المتلاعنين وإن حُكِمَ بنفى نسبه من الزوج الملاعن إلا أنه يعتبر فى حكم ثابت النسب فلا يثبت نسبه بإقرار غير الملاعن لجواز أن يكذب الملاعن نفسه فيثبت نسبه منه، ولأن فى قبول هذا الإقرار تسجيلاً للفاحشة على المرأة.

٢ ـ أن يكون المقر له بالبنوة مما يولد لمثل المقر بأن تكون سنهما تحتمل ذلك، فلو كانا فى سنين متساويين أو متقاربين بحيث لا يولد أحدهما للآخر لم يصح الإقرار، لأن الواقع يكذبه فى هذا الإقرار[٢].

٣ ـ أن يصدق المقر له المقر فى هذا الإقرار إذا كان من أهل المصادقة، وهو المميز عند الحنفية، لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر فلا يتعدى إلى غيره إلا ببينة أو تصديق من الغير، وهذا الإقرار يتضمن دعوى البنوة على المقر له، ويترتب على هذا النسب حقوق لكل من المقر له على الآخر.

فإن كان المقر له غير مميز ثبت النسب[٣] دون حاجة إلى تصديق، لأن غير المميز ليست له عبارة معتبرة، ولأن هذا الإقرار ـ من ناحية أخرى ـ فيه منفعة أدبية لهذا الصغير بإثبات

---

(١) مجهول النسب هو الشخص الذى لا يعلم له أب فى البلد الذى ولد فيه ولا فى البلد الذى وجد فيه إن وجد فى بلد آخر.

(٢) وأقل فرق بين السنين يصدق الإقرار معه اثنتا عشرة سنة وستة أشهر، لأن أقل سن تصدق فيه دعوى البلوغ هو اثنتا عشرة سنة بالنسبة للفتى.

(٣) يشترط فى ثبوت النسب فى هذه الحالة التى لا يشترط فيها المصادقة: أن لا ينازع المقر فى الصغير المدعى بنوته منازع، فإن نازعه مدعٍ آخر حكم لصاحب البينة منهما فإن لم تكن لهما بينة ينظر للمرجح فإن وجد حكم لصاحبه وإن لم يوجد نسب إليهما عند الحنفية في الحقوق المالية، وعند الجعفرية: إن لم يكن لهما بينة يقرع بينهما ويحكم بنسبه لمن خرجت القرعة له.

نسبه بعد أن كان مجهولاً، ومنفعة مادية غالبًا لحاجته إلى من يقوم بشئونه والإنفاق عليه، ولو كان مميزًا لبادر إلى التصديق ما لم يمنعه مانع منه.

وإذا كان ثبوت النسب بالإقرار يتوقف على تصديق المقر له، فلو صدقه ثبت النسب، ولو كذبه لا يثبت النسب بعد هذا التكذيب، لكنه لا يبطل الإقرار بل يظل قائمًا ما دام المقر له حيًا لجواز أن يرجع عن تكذيبه ويصدقه فيثبت النسب، لأن الإقرار بالنسب لا يبطل بالرد من المقر له بخلاف الإقرار بالحقوق المالية فإنه يبطل بالرد.

وفى حالة التكذيب لو أقام المقر البينة على دعواه ثبت النسب بالبينة لا بالإقرار.

٤ ـ ألا يصرح المقر بأن هذا ابنه من الزنا، فإن صرح بذلك لا يثبت به النسب، لأن الزنا جريمة لا تصلح أن تكون سببًا للنسب الذى هو نعمة من نعم الله التى امتن بها على عباده يقول جل شأنه: ﴿وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُم مِّنْ أَزْوَاجِكُم بَنِينَ وَحَفَدَةً﴾[١].

ويقول رسول الله ﷺ: «الولد للفراش وللعاهر الحجر».

ولأن المقر بالنسب لا يلزم ببيان السبب[٢] فى تلك البنوة إذا لم يصرح به، لأن الأصل حمل حال الناس على الصلاح حتى يثبت عكس ذلك، ولأنه لو صرح بالسبب من زواج صحيح أو فاسد كان النسب ثابتًا بالفراش بعد إثباته لا بالإقرار المجرد.

وكما يقبل الإقرار من الرجل بالبنوة بالشروط السابقة كذلك يقبل من المرأة الإقرار بالبنوة بشروط ثلاثة. ألا يكون للولد أم معروفة، وأن يولد مثله لمثلها[٣]، وأن يصدقها الولد فى هذا الإقرار ان كان مميزا عند الحنفية.

ويقتصر النسب عليها إذا لم تكن زوجة ولا معتدة، فان كانت زوجة أو معتدة من زواج صحيح أو فاسد وادعت أن الولد ليس من هذا الزوج يثبت نسبه منها بإقرارها، لأن الإقرار إلزام لنفسها لا لغيرها وهى أهل للإلتزام بالنسب كالرجل.

(١) سورة الحل الآية ٧٢.

(٢) المالكية يذهبون إلى وجوب بيان سبب النسب إذا كان ظاهر الحال يكذبه كأن يكون المقر عقيمًا لا يستطيع إنجاب الأولاد أو يكون المقر له بالنبوة لقيطًا.

(٣) وأقل فرق بين السنين تصدق المرأة معه فى إقرارها تسع سنوات وستة أشهر لأن أقل سن تصدق فيه الفتاة فى دعوى البلوغ تسع سنوات عند الحنفية.

فإن لم تدع أنه من غير زوجها لا يثبت النسب من زوجها إلا إذا صدقها الزوج فى ذلك الاقرار، لأن إقرارها فى هذه الحالة يتضمن تحميل النسب على غيرها وهو الزوج، فإن صدقها أو أقامت البينة على أنه ولد على فراشه بشهادة القابلة أو امرأة أخرى من أهل العدالة ثبت النسب منهما معًا.

وبهذا يظهر الفرق بين إقرار المرأة ببنوة ولد من الزنا وإقرار الرجل بذلك.

فيصح إقرار المرأة به إذا أثبتت ولادتها له[١] دون الرجل عند الحنفية بلا خلاف.

الإقرار بالأبوة أو الأمومة:

وكما يصح إقرار الرجل والمرأة ببنوة الولد يصح إقرار الولد بأبوة شخص معين، أو بأمومة امرأة معينة، وتثبت الأبوة والأمومة اذا توفرت شروط ثلاثة.

١ ـ أن يكون المقر مجهول الأب أو الأم.

٢ ـ وأن يولد مثله لمثل المقر له منهما.

٣ ـ وأن يصدقه المقر له مطلقًا، لأنه لا يكون إلا كبيراً أو كبيرة.

ويزيد إقراره بالأبوة ألا يصرح بأنه أبوه من الزنا، أما إذا صرح فى إقراره بالأمومة بأنها أتت به من سفاح، وتوفرت الشروط الثلاثة السابقة، وأثبتت ولادته من الزنا ثبت نسبه منها.

ومما ينبغى ملاحظته هنا. أن المقر بالنسب إذا أنكر أنه أقر فأقام المستفيد من هذا الإقرار بينة على إقراره ثبت ذلك الإقرار بتلك البينة وثبت النسب بذلك الإقرار.

ثانيًا: الإقرار بالنسب غير المباشر:

وهو إقرار الشخص بالنسب على الغير، ويكون بالإقرار بالنوع الثانى من القرابة، ويسمى الإقرار بفرع النسب. كالإقرار بالأخوة والأعمام والأجداد وأولاد الأولاد.

فإذا قال: هذا أخى كان إقراراً بالنسب على أبيه، لأن معناه هذا ابن أبى، وإذا قال: هذا عمى كان إقراراً بالنسب على جده، لأن معناه هذا ابن جدى وهكذا بقية القرابات.

وهذا الإقرار يتضمن أمرين:

(١) لأن الإقرار المجرد بالولادة من الزنا لا يثبت النسب لأمه بل لابد من إثبات ولادتها له.

١ ـ تحميل النسب على الغير.

٢ ـ استحقاق المقر له فى مال المقر عليه بعد وفاته.

والإقرار حجة قاصرة لا تتعدى المقر إلى غيره فلا يكون له أثر فيما يتعلق بالغير فيرد إقراره بالنسب فلا يثبت به نسب المقر له على ذلك، لأنه لا يملك أحد أن يلحق نسب شخص بآخر بمجرد دعواه حتى ولو صدقه المقر له فى ذلك الإقرار، لأنه متهم فى هذا التصديق حيث يجر إليه نفعًا لا يوجد بدون الإقرار.

ولا يثبت النسب إلا بأحد أمرين:

أولهما: أن يصدقه المقر عليه بالنسب، ويكون هذا التصديق من النوع الأول من الإقرار، وهو الإقرار على النفس، ولا يكون لإقرار المقر هنا أثر فى ثبوت النسب بل يعتبر تصديق المقر عليه إقرارا مبتدأ بالنسب، لأنه لو أقر به ابتداء ثبت إذا توفرت شروطه.

ثانيهما: إذا أقام المقر بينة على دعواه أو صدقه ورثة المقر عليه بعد وفاته، لأن تصديقهم يعتبر بينة فيثبت النسب بالبينة لا بالإقرار، وهو النوع الثالث من مثبتات النسب.

وإذا لم يكن للإقرار على الغير أثر فى ثبوت النسب جاز له الرجوع عنه بعد صدوره منه.

وإذا ثبت على إقراره قبل فى حق نفسه فيعامل بمقتضى ذلك الإقرار فى الحقوق المالية إذا توافرت بقية شروط صحة الإقرار من كون المقر له مجهول النسب، وكونه مما يتصور أن يولد لمثل المقر عليه، وأن يصدق المقر له المقر فى هذا الإقرار. فلو كان المقر له عاجزاً عن الكسب ولا مال له لزم المقر نفقته إن كان موسراً.

فإذا مات من يرثه المقر بالقرابة النسبية وورث منه شاركه المقر له فى نصيبه عند الحنفية والمالكية والحنابلة على اختلاف بينهم فى مقدار المشاركة[١].

(١) والشافعية يذهبون إلى أنه ثبت نسبه ورث مرتبته، وإن لم يثبت لا يرث لا بنسب ولا بغيره لأن إقرار المقر بالنسب باطل وهو أساس الإرث، فإذا لم يثبت لا يثبت ما يترتب عليه ثم قالوا: إن هذا فى الظاهر أى فى القضاء، وهل يلزمه ديانة قولان أصحهما لا يلزمه ويوافقهم الظاهرية فى ذلك.

فالحنفية يقاسمه نصيبه.

فلو مات أبو المقر عن ولدين منهما هذا المقر أخذ الابن غير المقر نصف التركة والنصف الثانى يقسم بالسوية بين المقر والمقر له بالأخوة عند الحنفية.

وإذا مات المقر بهذا النسب ولم يوجد له وارث بأى سبب من الأسباب استحق المقر له تركته كلها بطريق الميراث عند الحنفية، لأنه لما بطل إقراره بهذا النسب بقى إقراره بالمال صحيحا، لأنه لا يعدوه إلى غيره إذا لم يكن له وارث معروف، ولذلك جعلوه آخر مراتب الورثة فيستحق كل التركة إذا لم يكن له وارث أصلاً، وباقيها بعد فرض أحد الزوجين لأنهم لا يقولون بالرد على الزوجين[1].

وقد كان العمل بمصر يجرى على مذهب الحنفية فى الميراث قبل صدور قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣، فلما صدر ذلك القانون عدل عن مذهب الحنفية فى بعض الأحكام حيث لم يجعله وارثًا عملاً بمذهب المانعين لإرثه، وإنما جعله مستحقًا للتركة احترامًا لإرادة المقر، وتحقيقا لرغبته فيما تركه من مال لا وارث له حيث لا يلحق أحد الضرر من تنفيذ إرادته، لأن هذا الإقرار يئول فى نهايته إلى كونه وصية بكل المال فيجب تنفيذها، غير أنه ليس وصية خالصة بل له شبه بالميراث، لأن صدوره منه بهذه الصورة يجعله أقرب شبها بالميراث منه بالوصية، لذلك قدم على الوصية بمازاد على الثلث، وشرط فى المقر له ما يشترط فى الوارث لاعتباره إرثًا عند بعض الفقهاء، فيجب لثبوت هذا الاستحقاق توفر شروط الإرث وعدم وجود مانع من موانعه، فلو قتل المقر قتلاً مانعًا من الإرث أو كان مخالفا له فى الدين لا يستحق شيئًا من التركة.

جاء ذلك فى المادة - ٤١ - من هذا القانون ونصها: «إذا أقر الميت بالنسب على غيره استحق المقر له كل التركة إذا كان مجهول النسب ولم يثبت نسبه من الغير ولم يرجع المقر عن إقراره، ويشترط فى هذه الحالة أن يكون المقر له حيًا وقت موت المقر أو وقت الحكم باعتباره ميتًا، وألا يقوم به مانع من موانع الإرث».

(١) شرح السراجية وحاشيته ص ٥٨.

الفرق بين الإقرار بالبنوة والتبنى:

إن الإقرار بالبنوة هو اعتراف بنسب حقيقى لشخص مجهول النسب، فهو يعترف ببنوة ولد مخلوق من مائة فيكون ابنًا له ثابت النسب منه وليس له نسب آخر يتساوى مع ابنه الثابت نسبه بالفراش لا فرق بينهما إلا فى طريق الإثبات تثبت له كافة الحقوق الثابتة للأبناء من النفقة والإرث وحرمة المصاهرة، واحتمال أنه كاذب فى الواقع لا يلتفت إليه، لأنه لا يوجد ما يثبت كذبه، فالظاهر يصدقه، والله يتولى سرائره.

أما التبنى فهو استلحاق شخص ولدًا معروف النسب لغيره أو مجهول النسب كاللقيط ويصرح أنه يتخذه ولدًا له مع كونه ليس ولدا له فى الحقيقة.

وهذا النوع هو الذى كان فى الجاهلية، وقد كانوا يجعلونه كالابن الحقيقى يأخذ أحكامه من النفقة والميراث وتحريم زوجته على متبنيه.

فلما جاء الإسلام أبطله وبين أنه مجرد دعوى لا أساس لها يقول الله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكُمْ قَوْلُكُم بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ ﴿٤﴾ ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ اللَّهِ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُم بِهِ وَلَكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَّحِيمًا﴾[1].

ومع أن هذا التبنى كذب وافتراء على الله والناس كما صرح القرآن بذلك فإنه يؤدى إلى مفاسد كثيرة.

منها: أنه يأتى بشخص أجنبى يعيش مع أجنبيات عنه لا يتربطه بهم رابطة مشروعة، فيطلع منهن على ما حرم الله الاطلاع عليه ويحرم عليه الزواج منهن مع أنهن محللات له.

ومنها: أنه يحمل الأقارب واجبات تترتب على ذلك فتجب نفقة ذلك المتبنى عليهم إن كان محتاجا إليها، ويشاركهم الميراث فيحرمهم من بعض ما يستحقونه منه.

وقد يستعمل وسيلة للحرمان منه. بأن يعمد الرجل صاحب المال فيتبنى ابنًا ليرث ماله ويحرم منه أصحاب الحق فى الميراث بشرع الله من إخوه وأخوات فيغرس بذلك بذور الشقاق والحقد بين الأسر، ويفككها ويقطع حبل المودة بين أفرادها.

---
(١) سورة الأحزاب الآيتان ٤، ٥.

ولو لم يكن فى التبنى من هذه المفاسد إلا إحداها لكان خليقًا بالإلغاء والإهدار.

وإذا كان الشارع قد حرم التبنى لما فيه من المفاسد وأغلق بابه فلم يغلق باب الإحسان بل فتحه على مصراعيه، وجعل للشخص إذا وجد طفلاً بائسًا محرومًا ممن يقوم بشأنه ويتولاه برعايته أن يأخذه ليربيه وينفق عليه ليمسح بيده الرحيمة عن هذا المخلوق آثار البؤس والفاقة، كما لم يمنعه من أن يهبه بعض ماله أو يوصى له ببعضه إذا لم يبلغ الغاية من التربية، دون أن يلحقه بالنسب إليه، ودون أن يجور بفعله على حقوق أبنائه أو أقاربه.

المبحث الثالث
فى البينة

كما يثبت النسب بالإقرار بشروطه السابقة يثبت النسب بالبينة، بل هى أقوى من الإقرار، لأنها حجة متعدية إلى الغير، والإقرار حجة قاصرة تقتصر على المقر.

ولذلك لو تعارض إقرار وبينة فى دعوى النسب رجح جانب صاحب البينة.

فلو كان هناك ولد ليس له نسب معروف فأخذه رجل وادعى نسبه، وتوفرت شروط الإقرار السابقة ثبت نسبه بذلك الإقرار، فلو جاء رجل آخر وادعى نسبه وأقام بينة صحيحة على أنه ابنه كان أحق به من المقر، لأن النسب وإن ثبت فى الظاهر بالإقرار إلا أنه غير مؤكد فاحتمل البطلان بالبينة لأنها أقوى منه[١].

والبينة التى يثبت بها النسب هنا هى شهادة رجلين أو رجل وامرأتين.

فإذا ادعى رجل: إن فلانًا ابنه أو أبوه أو أخوه أو عمه أو جده أو ابن ابنه وأنكر المدعى عليه هذه الدعوى فأقام المدعى البينة[٢] على دعواه قبلت هذه الدعوى وثبت النسب وترتبت كل الحقوق والأحكام التى تبنى على هذا النسب بعد توافر الشروط المصححة لتلك الدعوى وقد قدمناها فى الإقرار.

---

(١) البدائع جـ ٦ ص ٢٥٤.

(٢) إن الأصل فى الشهادة أن تكون عن معاينة الشهود للمشهود عليه أو سماعه به نفسه إن كان مسموعا، لكن الحنفية أجازوا الشهادة بالسماع استحسانا وإن لم ير الشهود ما شهدوا عليه أو يسمعوه بأنفسهم إذا أخبرهم به من يثقون بهم، ومن هذه الأمور النسب، لأن هذه الأمور لا يطلع عليها كل الناس ويتعلق بها أحكام تبقى على مر الزمان، فإذا لم تجز الشهادة فيها بالسماع لتعطلت الأحكام، ولكن ما المراد بالتسامع؟ يرى أبو حنيفة أنه اشتهار النسب بين الناس ويستفيض بينهم. لأن مثل ذلك يوقع فى القلب التصديق بما يسمع، والصاحبان يكتفيان بالسماع إلى رجلين أو رجل وامرأتين من أهل الشهادة.

وقد مال بعض الفقهاء إلى اختيار قولهما، لأن القاضى يحكم بشهادة رجلين ولو لم يرَ الشهود به أو يسمعه بنفسه.

وإذا عزل كان له أن يشهد بذلك بعد العزل وهذا مثله. فتح القدير جـ ٦ ص ٢٠ وما بعدها.

ومما يلاحظ هنا: أن دعوى النسب تقبل مجردة فى بعض الحالات، ولا تقبل فى بعضها إلا إذا كانت ضمن حق آخر على التفصيل الآتى.

فإذا كانت بأصل النسب وهو الأبوة والبنوة. فإن كانت حال حياة الأب أو الابن سمعت الدعوى مجردة بالنسب، ويجرى الإثبات على النسب قصداً، وأولى أن يقبل ضمن حق آخر كالنفقة والميراث.

وإن كانت الدعوى بعد وفاة الأب أو الابن فلا تسمع الدعوى بالنسب استقلالا، لأنها دعوى على ميت وهو غائب، والغائب لا يصح القضاء عليه قصدا ويصح تبعا.

أما إذا كانت ضمن حق آخر كدعوى الميراث مثلا، فإنها تقبل لأن النسب هنا ليس مقصودا لذاته بل هو وسيلة لإثبات الحق المتنازع فيه، والخصم هنا ليس هو الميت بل الورثة أو من بيده التركة.

وإذا كانت الدعوى بما يتفرع على أصل النسب كالأخوة والعمومة مثلا فلا تسمع الدعوى بالنسب على سبيل الاستقلال حيا كان المدعى عليه بالنسب أو ميتًا، لأن هذه الدعوى فيها تحميل النسب على الغير، ولا يثبت النسب إلا إذا ثبت من الغير أولا وهو الأب أو الجد فلا يكون النسب هنا مقصوداً بالذات للمدعى، بل المقصود ما يترتب عليه من الحقوق كالنفقة والإرث.

فإذا ادعى النسب مجرداً عن حق آخر كانت دعوى بحق غير مقصود له فلا تقبل، وإن كانت ضمن دعوى حق آخر لا يثبت إلا إذا ثبت النسب. كالنفقة أو الميراث كانت الدعوى مقبولة سواء كان المدعى عليه حيًا أو ميتا لأن المقصود الأصلى هو الحق المترتب على ثبوت النسب، والخصم هنا من بيده التركة، فيقضى له بالحق الذى يدعيه ويثبت النسب ضمنًا وتبعا.

كما يلاحظ أيضًا: أن هذه الطرق الثلاثة ليست كلها فى مرتبة واحدة، بل أن الفراش هو السبب الحقيقى للنسب لأنه المنشىء له، أما الإقرار والبينة فهما سببان ظاهريان يدل كل منهما على وجود السبب الحقيقى وهو الفراش، لأن الولد الشرعى لا يكون إلا ثمرة فراش، والبينة فى اثبات النسب أقوى من الإقرار.

* * *

الفصل الرابع
فى اللقيط وأحكامه

اللقيط: مولود حى نبذه أهله لسبب من الأسباب. كخوف العيلة أو الفرار من تهمة الزنا أو ما شاكل ذلك.

حكم التقاطه: والتقاط اللقيط مندوب إليه شرعًا يثاب فاعله إذا وجد فى مكان لا يغلب على الظن هلاكه لو ترك، فإن غلب على الظن هلاكه لو تركه كان التقاطه فرضًا عليه بحيث يأثم إذا لم يأخذه، لأنه مخلوق ضعيف لم يقترف إثما يستحق عليه الإهمال، وإنما الاثم على من طرحه أو تسبب فى وجوده من طريق غير مشروع.

الأحق به: وملتقطه أحق الناس بإمساكه وحفظه، لأنه الذى تسبب فى إحيائه وليس للحاكم ولا لغيره أن يأخذه منه جبراً عنه إلا إذا تبين أنه غير صالح للقيام برعايته.

وإذا التقطه أكثر من واحد وتنازعوا فالأحق به أرجحهم بالإسلام أو القدرة على حفظه وتربيته، فإن تساووا وضعه القاضى عند أصلحهم رعاية لشئونه فى نظره.

والإسلام الذى حرم التبنى عنى بهذا اللقيط: فأوجب التقاطه وحرم إهماله وتضييعه، واعتبره مسلمًا حرًا إذا وجد فى دار الإسلام أو التقطه مسلم من أى مكان.

فإن التقطه ذمى فى مكان خاص بهم كان على دين من التقطه عملاً بهذه القرائن التى ترجع ولادته لغير المسلمين.

ومع اعتباره مسلمًا إذا وجد فى دار الإسلام لو ادعى ذمى أنه ابنه وأقام بينة على ذلك ثبت نسبه منه وكان على دينه إعمالاً للبينة، لأن الأصل أن من يولد فى دار الإسلام يكون مسلما تبعا للدار إلا إذا قام الدليل على خلافه.

أما إذا لم يقم البينة وتوفرت شروط الإقرار بالنسب ثبت نسبه من ذلك الذمى وكان مسلمًا تبعًا للدار، لأن الإقرار حجة قاصرة كما قلنا فيعمل به فى ثبوت النسب وتبقى التبعية للدار لا يعارضها شىء.

أهليته للملك: واللقيط أهل للملك لأنه حر، فإذا وجد معه مال فهو ملك له، لأنه صاحب اليد عليه، وكان على الملتقط المحافظة على هذا المال، ولاينفق منه عليه شيئًا إلا بإذن القاضى صاحب الولاية عليه، لأن الملتقط لا يملك من أمره إلا الحفظ والرعاية، وما ينفقه عليه من ماله بغير الإذن يكون متبرعًا به إلا إذا أشهد حين الإنفاق أنه سيرجع به عليه.

وإذا لم يوجد مع اللقيط مال ولم يوجد من ينفق عليه تبرعًا فنفقته فى بيت مال المسلمين، ويوجد فى مصر قسم من موارد الدولة يطلق عليه اسم (بيت المال) يضم الأموال التى لا مالك لها والتركات التى لا وارث لها مخصص للإنفاق منه على اللقطاء، لأن اللقيط إذا مات ولم يعرف له وارث فتركته لبيت مال المسلمين، فيكون فى الإنفاق عليه من هذا القسم مقابلة للغرم بالغنم.

وإذا لم يكن للملتقط على اللقيط ولاية التصرف فى المال الذى وجده معه إلا بإذن القاضى فإن له عليه ولاية المحافظة عليه وعلى هذا المال، ويقبض عنه ما يوهب له أو يتصدق به أهل الخير عليه، ويشترى له ما يلزمه من طعام وكسوة.

كما أنه له ولاية ترتبيته وتعليمه بأن يدخله مدرسة ليتعلم فيها إن كان يقدر على ذلك وكان عند اللقيط رغبة فى التعليم واستعداد له، فإن لم يمكن ذلك كان عليه أن يعلمه حرفة أو صناعة تكون سبيلاً لتكسبه فى المستقبل لئلا يكون عالة على المجتمع.

نسب اللقيط: إذا ادعى شخص بنوة اللقيط ثبت نسبه منه دون حاجة إلى بينة إذا توفرت شروط الإقرار السابقة. يستوى فى ذلك ملتقطه وغيره، ويصبح بعذ ذلك ابنًا حقيقيا له.

وإذا ادعى بنوته أكثر من واحد وكان منهما الملتقط رجح الملتقط إلا إذا أقام غيره بينة على دعواه لأن البينة أقوى من الإقرار.

وإذا ادعاه اثنان ليس منهما الملتقط رجح أسبقهما دعوى إلا إذا أقام المتأخر البينة، وإذا لم يسبق أحدهما الآخر رجح من أقام بينة.

فإن لم تكن لهما بينة أو أقام كل منهما بينة رجح من ذكر علامة مميزة فيه لأنه بذلك يكون قد سبقت يده إليه، فإن تساويا ولا مرجح لأحدهما فمحافظة على النسب من الضياع ينسب إلى كل منهما وإن كان الواقع إنه ليس لهما معًا، ولكن معاملة لهما

بإقرارهما، فيثبت له على كل منهما الحقوق الواجبة على الآباء للأبناء من النفقة وغيرها، وله حق الإرث من كل منهما ميراث ابن كامل، ولو مات اللقيط ورثا منه ميراث أب واحد يقسم بينهما بالسوية[١].

وإذا ادعت المرأة بنوة اللقيط: فإن كان لها زوج وصدقها أو شهدت القابلة بولادتها أو أقامت بينة على ذلك صحت دعواها وثبت نسبه منهما.

وإن لم يكن لها زوج فلا يثبت نسبه منها إلا إذا أقامت بينة كاملة من رجلين أو رجل وامرأتين من أهل الشهادة عند الحنفية.

والفرق بينها وبين الرجل حيث تقبل دعواه بدون بينة ولا تقبل دعواها إلا ببينة. وأن فى ثبوت النسب للرجل المدعى دفعًا للعار عن اللقيط بانتسابه إلى أب معروف، ولا يوجد ذلك فى دعوى المرأة، لأنه ينسب إليها من أتت به من طريق مشروع وغير مشروع[٢].

هذا والذى يجرى عليه العمل فى جمهورية مصر العربية: أن الرجل الذى يجد لقيطًا ولا يرغب فى تربيته يسلمه إلى رجال الإدارة من الشرطة لتقوم بالتحريات عنه، فإذا لم تجد له أهلا سلمته إلى بيت من بيوت اللقطاء لتقوم برعايته وتربيته، ومن أراد أن يأخذ لقيطا ليتولى تربيته أجيب إلى طلبه متى كان قادرًا على ذلك مع أخذ التعهد عليه بالقيام بواجباته دون أن يترتب على ذلك وجود علاقة من العلاقات الموجود بين الآباء والأبناء.

جنسية اللقيط وقيده فى السجل المدنى:

أما حكم جنسية اللقيط فى القانون المصرى فإن القانون يقيم قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس على أنه يعتبر مولودًا فى مصر وتثبت له الجنسية المصرية بناء على هذا الاعتبار وفى

(١) ذهب الشافعية والحنابلة أنه لا يثبت نسبه من كل منهما. وإنما يرجع فى ذلك إلى القائف وهو الذى يعرف الشبه فيقول: إن هذا الولد يشبه هذا الرجل.

(٢) ولذلك قلنا فيما سبق إنها لو ادعت أنه ابنها من سفاح صدقت فى ذلك ونسب إليها إذا أثبتت ولادتها له بقول امرأة من أهل الشهادة، ولا تقبل دعواه بذلك.

جميع الأحوال إذا ثبت نسب الولد من أب غير مصرى بأى طريق من طرق الإثبات فإنه تزول عنه الجنسية المصرية من وقت ولادته.

كما نصت المادة رقم ٢٣ من قانون الأحوال المدنية أنه: «على أمين السجل المدنى أن يسمى المولود تسمية كاملة (أكثر من اسم) ثم يقيده فى السجل الخاص بالمواليد ولا يذكر أنه لقيط.

* * *

الباب الثانى
فى الرضاع

الأصل أنه يجب على الأم أن ترضع صغيرها ديانة سواء كانت فى عصمة أبى الصغير أم كانت مطلقته وهى فى عدته أم كانت مطلقة وانتهت عدتها فإن امتنعت عن ارضاع صغيرها مع المقدرة عليه كانت مسئولة عن ذلك أمام الله سبحانه. هذا من الناحية الدينية أما من الناحية القضائية فقد اختلف الفقهاء.

حق الزوجة فى إرضاع طفلها:

اختلف الفقهاء فى الرضاع هل هو حق للأم أو حق عليها يقول عز وجل: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾[١].

فالآية لفظها[٢] يحتمل الأمرين. فيحتمل الأول لأنه لو أراد التصريح بكونه عليها لقال: «وعلى الوالدات رضاع أولادهن» كما فى قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ﴾ ومن جهة أخرى هو عليها فى حال الزوجية وهو عرف يلزم إذ قد صار كالشرط. فمن الآية يتضح أن الإرضاع واجب على الأمهات والإنفاق واجب على الآباء.

ويجب على الأم ألا تأبى أن ترضعه اضرارا بأبيه أو تطلب أكثر من أجرة مثلها يقول الله تعالى: ﴿لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ﴾[٣] كذلك لا يحل للأب أن يمنع الأم عن الإرضاع مع رغبتها فى ذلك وهذا قول جمهور المفسرين[٤].

وقد اختلف فى مدى وجوب الارضاع على الأم فذهب الحنفية[٥] إلى أن الأم لا تجبر

---

(١) سورة البقرة الآية ٢٣٣.
(٢) الجامع لأحكام القرآن جـ ٣ ص ١٦١.
(٣) سورة البقرة الآية ٢٣٣.
(٤) الجامع لأحكام القرآن جـ ٣ ص ١٦٧.
(٥) شرح الزيلعى جـ ٣٠ ص ٦٢.

على إرضاع صغيرها مستدلين بأن النفقة على الأب والإرضاع نفقة له فكان على الأب وعليه أن يدفع أجر الإرضاع لأنه من النفقة.

فإذا عجزت عن إرضاعه فامتنعت عنه وهى لن تمتنع عن إرضاعه مع القدرة غالبًا فليس لأحد إجبارها لأن ذلك سيحقق ضررا لها وقد قال سبحانه وتعالى: ﴿لا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا﴾.

فهى تؤمر به ديانة لا قضاء، لأن المستحق عليها بعد النكاح هو تسليم نفسها للاستمتاع فقط. وقد ذكر الخصاف أنها تجبر عليه إذا لم يكن للأب أو للولد مال وتصبح أجرة الرضاع دينا عليه.

كذلك تجبر الأم على الرضاعة إذا امتنع الولد أن يأخذ أى ثدى غير أمه. فإجبارها لمصلحة الصغير وصيانته من الهلاك وفى ظاهر الرواية أنها لاتجبر لأنه من الإمكان أن يأخذ غذاء بديلا عن اللبن الطبيعى فلا يؤدى إلى ضياعه. إلى الأول قال القدورى وشمس الأئمة السرخسى كما إنى أميل أيضًا إلى هذا القول فلا بديل عن لبن الأم الطبيعى فهو رباط المحبة بين الأم وصغيرها بجانب فوائده الطبيعية التى منحها الله سبحانه وتعالى لها فيجب ألا تضن به على صغيرها وإلا أجبرت.

أما إذا أخذ الصبى ثديًا غير أمه فللأب أن يستأجر من ترضعه عند الأم لأن الحضانة لها وقد ذهب مالك[١] إلى أن الأم تجبر على إرضاع وليدها إذا كانت الزوجية قائمة أو مطلقة طلاقًا رجعيًا. أما إذا كانت شريفة ذات ترفه وعرفها وعرف أمثالها ألا ترضع فلا يلزمها الرضاعة. وعليها ان لم يقبل الولد غيرها واجب. فإن مات الأب ولا مال للصبى فقد ذهب مالك فى المدونة إلى أن الرضاع لازم للأم. وفى كتاب ابن الجلاب رضاعه من بين المال. وقال عبد الوهاب هو فقير من فقراء المسلمين.

أما المطلقة طلاقًا بائنًا فلا رضاع عليها بل على الزوج إلا إذا أرادت هى.

ولقد ذهب الشافعى[٢] إلى أن الرضاع حق الصغير كالنفقة فى حق الكبير فيجب على

(١) الجامع لأحكام القرآن جـ ٣ ص ١٦١، حاشية الدسوقى جـ ٢ ص ٥٢٥.

(٢) المجموع جـ ١٨، ص ٣١٠.

القريب إرضاعه. ولا يجب إلا أثناء الحولين لقوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾[1] وان امتنعت الأم عن الإرضاع فلا تجبر.

وقال أبو ثور[2]: تجبر لقوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ﴾ ولكن فقهاء المذهب ردوا على أبى ثور أن هذا خطأ لأنها إذا لم تجبر على نفقة الولد مع وجود الأب لم تجبر على الرضاع.

كذلك إن أراد الزوج منع الأم من الإرضاع له ذلك لأنه يستحق الاستمتاع بها فى كل وقت إلا وقت العبادة ولكنى لا أميل إلى هذا الرأى بل أميل إلى رأى جمهور المفسرين الذين ذهبوا إلى أنه لا يحل له منعها من الإرضاع فليس من المعقول أن الحياة ما هى إلا استمتاع الرجل بالمرأة ولكن مصلحة الولد فوق كل اعتبار فالرضاع كما قال الشافعية حق للولد فكيف يكون حق الولد ويمنعه الأب فليس من حقه حرمانه منها لمصلحته الشخصية. على أن غالب الناس يؤثر فقد كمال المتعة تقديراً لمصلحة ولده.

وإذا ارتضيا على إرضاعه فهل تلزمه الزيادة على نفقتها:

الرأى الأول: تلزمه الزيادة وهو ما ذهب إليه أبو سعيد وأبو إسحاق لأنها تحتاج فى حال الرضاع إلى أكثر ما تحتاج إلى غيره.

والرأى الثانى: لا تلزمه الزيادة على نفقتها لأن نفقتها مقدرة فلا تجب الزيادة قياساً على أنها لا تجب الزيادة فى نفقة الأكولة لحاجتها.

وإنى أميل إلى ما ذهب إليه أبو سعيد وأبو إسحاق لقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾. فقد خص الله سبحانه وتعالى حالة الولادة بذكر إيجاب النفقة ولا فائدة بذكر الوجوب إذ المقصود هنا وجوب الزيادة فالعادة جرت على أن المرضعة تحتاج من الطعام أكثر مما تحتاج إليه غيرها بل لقد ذهب العلم الحديث إلى أن نوعية أكل الأم لها دخل كبير فى صحة الرضيع، كذلك صحة الإنسان فى كبره أساسها غذاؤه منذ ولادته، فلهذا أميل إلى هذا الرأى لمصلحة الولد.

---

(١) سورة البقرة آية ٢٣٣.

(٢) المجموع جـ ١٨ ص ٣١٠.

أما الحنابلة(١) فقد ذهبوا إلى قولين فى حالة إرادتها لإرضاع وليدها:

الأول: أن له منعها وهو قول الشافعى لأن فى إرضاعها تفويت حق استمتاعه بها.

الثانى: أنه ليس له منعها.

وإن أرادت رضاع ولدها بأجرة مثلها فهى أحق به من غيرها سواء أكانت الزوجية قائمة أم انقضت مستدلين بقوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾. وهذا خبر يراد به أمر وهو عام فى كل والدة سواء أكانت الزوجية قائمة أم غير قائمة.

وإن آجرت المرأة نفسها للرضاع ثم تزوجت صح النكاح ولم يملك الزوج فسخ الاجارة ولكن له منعها من الرضاع حتى تنقضى المدة لأن منافعها قد ملكت بعقد سابق على عقد النكاح.

ولقد ذهب الحنابلة إلى أن الأب ليس له اجبار الأم على الرضاع لأن رضاع ولده عليه سواء أكانت الزوجية قائمة أم انتهت مستدلين بقوله تعالى: ﴿وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَىٰ﴾ ففى اختلافهما تعاسر ولأن الإجبار على الرضاع لا يخلو إما أن يكون لحق الولد أو لحق الزوج أو لهما.

وقد فند الحنابلة(٢) هذه الحقوق فقالوا لا يجوز أن يكون لحق الزوج فإنه لا يملك اجبارها على رضاع ولده من غيرها ولا على خدمته فيما يختص به.

ولا يجوز أن يكون لحق الولد فان ذلك كان للزمها بعد الفرقة ولأنه مما يلزم الوالد لولده فلزم الأب على الخصوص كالنفقة أو كما بعد الفرقة. كما لا يجوز أن يكون لهما لأن ما لا مناسبة فيه لا يثبت الحكم بانضمام بعضه إلى بعض ولأنه لو كان لهما لثبت الحكم بانضمام بعضه إلى بعض ولأنه لو كان لهما لثبت الحكم به بعد الفرقة والآية محمولة على حالة الاتفاق وعدم التعاسر.

وإذا طلبت الأم إرضاع طفلها بأجر مثلها فهى أحق به سواء كانت فى حال الزوجية أم بعدها حتى ولو وجد الأب مرضعة متبرعة أو لم يجد.

(١) المغنى جـ ٩ ص ٣١١.

(٢) المغنى جـ ٩ ص ٣١٢.

وإن أرضعت[١] المرأة ولدها وهى فى حال الزوجية واحتاجت إلى زيادة النفقة لزم الأب ذلك لقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ ولأنها تستحق عليه قدر كفايتها فإذا زادت حاجتها زادت كفايتها.

وهذا فعلا رأى سديد، وأميل إليه.

ولقد ذهب الظاهرية[٢] إلى أن الأم تجبر على إرضاع وليدها ما دامت الزوجية قائمة لقوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ ...﴾[٣] أما إذا كانت مطلقة فلا تجبر إلا إذا أرادت هى الرضاعة فلها ذلك حتى ولو كره أبوه مستدلين بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾[٤] فلم يخص تعالى ذات زوج من غيرها ولم يجعل فى ذلك خياراً للأب أو للزوج بل جعل الإرضاع إلى الأمهات.

أما لو تعاسرت مع أبى الرضيع فللوالد أن يأتى بمرضعه أخرى للصغير لقوله تعالى: ﴿وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَىٰ﴾[٥].

والخطاب هنا للآباء والأمهات. أما إذا لم يقبل الصغير غير ثدى أمه فحينئذ تجبر على الرضاعة أحبت أم كرهت، أحب زوجها أم كره أحب أبوه أم كره لقوله تعالى: ﴿قَدْ خَسِرَ الَّذِينَ قَتَلُوا أَوْلَادَهُمْ سَفَهًا بِغَيْرِ عِلْمٍ﴾[٦] ولقوله تعالى: ﴿لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾[٧] وهذه هى المضارة الحقيقية.

كذلك تجبر الأم على ارضاع الصغير عند موت أبى الرضيع أو إفلاسه إلا إذا رفض الصغير الرضاعة من أمه أو انعدم اللبن من ثديها أو كان لبنها مما يضر بصحة الصغير فى هذه الحالات يسترضع له غيرها ويتبع الأب بذلك إن كان حيًا وله مال.

---

(١) المغنى جـ ٩ ص ٣١٣.
(٢) المحلى جـ ١١ ص ٧٦٣.
(٣) سورة البقرة آية ٢٣٣.
(٤) سورة الطلاق آية ٦.
(٥) سورة الطلاق آية ٦.
(٦) سورة الأنعام آية ١٤٠.
(٧) سورة البقرة آية ٢٣٣.

وإن كانت الزوجية قائمة واتفقت مع أبيه على استرضاعه وقبل غير ثديها فذلك جائز. لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمْ أَن تَسْتَرْضِعُوا أَوْلادَكُمْ فَلا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾[1].

والخطاب كما يتضح من الآية الكريمة موجه للآباء والأمهات. فإن أراد أبوه ذلك وأبت الأم الا أن ترضعه هى فلها ذلك. أما إذا أرادت هى أن تسترضع غيرها ورفض أبوه لم يكن لها ذلك بل تجبر على ارضاعه.

كذلك تجبر على إرضاعه ان كان لبنها صالحا له ولم يقبل غير ثدى أمه.

أجرة الرضاع ومدتها ومقدار الأجرة فيها.

أولاً: أجرة الرضاعة ومدى استحقاقها للزوجة:

ذهب الحنفية إلى أن الأم عليها ارضاع طفلها بدون أجر إذا كانت الزوجية قائمة. أو معتدة لأننا كما قلنا أن الإرضاع مستحق عليه ديانة يقول سبحانه وتعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ . . .﴾.

ففى الآية[2] أمر بالإرضاع بصيغة الخبر وهو آكد فلا يجوز أخذ الأجر عليه.

وهذا ما رواه الحسن عن أبى حنيفة مستدلاً بأن العدة من أحكام النكاح، وقد ذهب البعض فى رواية إلى أنها إذا كانت معتدة من طلاق بائن جاز لها أخذ أجره لأن النكاح قد زال وأصبحت كالأجنبية.

أما إذا انقضت العدة فاستأجرها جاز لآن الأم أولى من غيرها فى إرضاع صغيرها وكذلك قد زال النكاح فصارت كالأجنبية. فإذا طلبت أجرًا مماثلاً للأجنبية كان لها ذلك، لأنها تمتاز عن غيرها بما تتمتع به من حنان وشفقة، أما إذا طلبت أجرًا أكثر من الأجنبية لم يجبر الأب عليها دفعًا للضرر عنه وذلك امتثالا لقوله تعالى: ﴿ لا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلا مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ﴾[3] فلا تضار هى بأخذ الولد منها ولا هو بإلزامه بأكثر من أجرة الأجنبية.

(١) سورة البقرة آية ٢٣٣.
(٢) شرح الزيلعى جـ ٣ ص ٦٣، فتح القدير جـ ٤ ص ٤١٣.
(٣) سورة البقرة آية ٢٣٣.

فله الحق أن يختار ويفضل الأجنبية عن أمه إذا أرضعته بدون أجر أو بأقل من أجر الأم مستدلاً بقوله تعالى: ﴿وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَىٰ﴾[1].

ولقد ذهب مالك[2] إلى أن الأم تجبر على إرضاع وليدها إذا كانت الزوجية قائمة أو مطلقة طلاقًا رجعيًا أما إذا كانت شريفة ذات ترفه وعرفها وعرف أمثالها ألا ترضع فلا يلزمها الرضاعة. فلو قامت الشريفة بالرضاعة كان لها الأجرة من مال الصبى فإن لم يكن له مال فعلى الأب وذلك لعدم وجوب الرضاعة عليها. ومثل الشريفة من كانت مريضة أو قل لبنها أو مطلقة طلاقًا بائنًا هذا إذا كان الرضيع يقبل غير ثدى أمه أما إن كان لا يقبل غير ثدى أمه فيجب على الأم شريفة أو بائنًا أو من قل لبنها إرضاع وليدها ويجب لها أن تأخذ الأجرة من مال الولد فإن لم يكن ففى مال الأب إن كان موسرًا فإن كان معسرًا وجب عليها الإرضاع بدون أجر فإن أيسر الأب بعد ذلك فلا رجوع عليه.

ولقد ذهب الشافعى إلى أنه لو أرادت الأم إرضاعه بأجرة ففيه رأيان:

الرأى الأول: أنه لا يجوز وهو ما ذهب إليه الشيخ أبو حامد الأسفراييني لأن أوقات الرضاع مستحقة لاستمتاع الزوج ببدل وهو النفقة فلا يجوز أن تأخذ بدلاً آخر.

الرأى الثانى: أنه يجوز لأنه عمل يجوز أخذ الأجرة عليه بعد البينونة. فجاز أخذ الأجرة عليه قبلها.

وإذا طلقها[3] طلاقًا بائنًا لم يملك اجبارها على إرضاع الصغير لأنه ليس له إجبارها والزوجية قائمة فلا يملك إجبارها بعد الزوجية.

أما إذا تطوعت بإرضاعه فلها ذلك وليس له انتزاعه منها لأنه فى هذا الوقت لن يفوت حق استمتاعه بها.

وإن استأجرها على إرضاعه صح ذلك لقوله تعالى: ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾[4] لأنه لا يملك حق الاستمتاع بها بخلاف ما لو استأجرها فى حال الزوجية.

---

(١) سورة الطلاق آية ٦.

(٢) الجامع لأحكام القرآن جـ ٣ ص ١٦١، حاشية الدسوقى جـ ٢ ص ٥٢٥.

(٣) نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٢٢٢.

(٤) الطلاق: ٦.

وإن طلبت أجرة المثل ولم يجد الأب من يرضعه بدون أجرة أو بدون أجرة المثل وجب عليه اعطاء الصغير لها لأن الرضاع حق للولد والأم كما قلنا أشفق ولبنها أنفع.

أما إذا طلبت أجرة أكثر من أجرة المثل كان له أن ينتزعه منها مستدلين بقوله تعالى: ﴿وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَىٰ﴾(١). وقد تحقق التعاسر فى طلبها أكثر من أجرة المثل.

أما إذا طلبت أجرة المثل ولكن وجد من يرضعه بدون أجرة المثل أو بغير أجرة فقد اختلف الشافعية إلى رأيين(٢):

أولهما: أن الأم أحق برضاعة ابنها بأجرة المثل لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾(٣) فلم يفرق.

ولما روى فى الحديث الشريف: «الأم أحق بكفالة ولدها ما لم تتزوج» ولأن الرضاع حق للولد ولبن الأم أنفع له فكانت أولى به.

ثانيهما: أن للأب أن يأخذه منها لقوله تعالى: ﴿﴿وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَىٰ﴾ والتعاسر هو الشدة والاختلاف الذى حدث بينهما. كما يقول القاضى العمرانى من أصحاب الشافعية(٤): «إن نفقة ارضاع الطفل كنفقة المراهق ولو وجد من يتطوع بالإنفاق على المراهق لم يجب على الأب نفقته. فكذلك إذا وجد من يتطوع بإرضاع الطفل لا يجب عليه أجرة المثل».

ولكنى أميل إلى الرأى الأول لقوة أدلتهم ولمصلحة الولد أولاً وأخيراً. فإن صدقته الأم أن يجد ذلك كان له أن ينتزعه منها وأن كذبته فالقول قوله مع يمينه فإذا حلف انتزعه من يد الأم ويسلم إلى المرضعة ولا يمنع الأم من زيارته لقوله ﷺ: «لا توله والدة بولدها».

وقال الحنابلة إذا طلبت الأم إرضاعه بأجر المثل فهى أحق به سواء كانت الزوجية قائمة أم بعدها حتى ولو وجد الأب مرضعة متبرعة أو لم يجد مستدلين بقوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾(٥).

(١) سورة الطلاق آية ٦.
(٢) المجموع جـ ١٨ ص ٣١٤.
(٣) سورة الطلاق آية ٦.
(٤) المجموع جـ ١٨ ص ٣١٥.
(٥) سورة البقرة آية ٢٣٣.

كذلك قوله عز وجل: ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾[١].

كذلك لما تتمتع به الأم من حنان وشفقة فكانت أحق به من غيرها ولأن[٢] فى رضاع غيرها تفويتا لحق الأم من الحضانة وإضراراً بالولد فلا يجوز تفويت حق الحضانة الواجب والاضرار بالولد لغرض إسقاط ما أوجبه الله على الأب.

ثانيًا: مدة الرضاع:

اتفق الفقهاء على أن مدة الرضاعة التى تستحق الأجرة عليها كما حددها الله عند اختلاف الزوجين هى سنتان: ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ ولا أكثر من ذلك، أما قوله تعالى: ﴿لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾ فدليل على أن إرضاع الحولين ليس بالضرورة الحتمية إذ يجوز الفطام قبل العامين ولكنه تحديد[٣] لقطع التنازع بين الزوجين فى مدة الرضاع، فلا يجب على الزوج إعطاء أجرة لأكثر من حولين، وإن أراد الأب فطامه قبل هذه المدة ولم ترض الأم لم يكن له ذلك أما الزيادة على الحولين أو النقصان إنما يكون عند عدم الإضرار بالمولود وعند رضا الوالدين.

فمتى بلغ الصغير حولين كاملين فلا حق للأم فى هذه الحالة للمطالبة بأجرة الرضاع.

ولا يتوقف[٤] سقوط حقها فى الأجر على التراضى أو القضاء وهذا ما يجرى عليه العمل فى محاكم الأحوال الشخصية فى جمهورية مصر العربية.

ثالثًا: مقدار الأجرة فى الرضاع:

يرى الحنفية أنه يجوز الاتفاق على مقدار أجرة الرضاع فإذا لم يوجد اتفاق مع الأم التى فى عصمة الزوج فتأخذ أجر مثلها، وهذا ما ذهب إليه جميع الفقهاء، لأن الأم تستحق الأجرة إن أرضعت ولو لم يكن هناك اتفاق بين الزوجين لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾[٥]. فقد قرر القرآن الكريم جعل استحقاق الأجرة للأم مترتبًا على الارضاع لا الاتفاق. ولأن الإرضاع قبل الاتفاق لا يكون دليلاً على التبرع لأن طبيعة الأم

---

(١) سورة الطلاق آية ٦.

(٢) المغنى جـ ٩ ص ٣١٣.

(٣) الجامع لأحكام القرآن جـ ٣ ص ١٦٢.

(٤) الأحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية، للدكتور محمد زكريا البرديسى ص ٣٩٣.

(٥) سورة الطلاق آية ٦.

وشفقتها وغريزة الحنان والأمومة لديها لا يجعلها تترك ولدها حتى تتفق كم ستأخذ من الأجرة على إرضاعه[١].

أما المرأة الأجنبية فيجب الإتفاق معها على مقدار الأجرة، فإن أرضعت دون اتفاق فهى متبرعة بذلك فلا أجرة إلا بإتفاق.

الإبراء من أجرة الرضاع:

إذا ما قامت الأم بإرضاع ولدها بالفعل، فيجوز لها أن تبرىء أباه من هذه الأجرة التى وجبت لها بالفعل واستحقت من غير اشتراط شرط أما الأجرة التى لم تجب بعد والتى ستستحقها بعد أن ترضعه فلا يصح الإبراء منها إلا بشرطين:

الشرط الأول: أن يكون هذا الإبراء ضمن عقد الخلع أو الطلاق على مال ومعنى هذا أن تخالعه على نفقة الصغير ونفقته فى هذه السن هى أجرة إرضاعه، وجاز ذلك لأن المرأة أسقطت حقها الذى لم يجب لها بعد مقابل اسقاط الزوج حقه فى إمساكها وذلك بإبانتها ولا يصح إبراؤها فى غير عوض الخلع والطلاق على مال لأنها تكون حينئذ مسقطة لشىء لم يجب بعد قصداً وهو لا يصح.

الشرط الثانى: أن تحدد المدة التى تبرىء الأب من الأجرة فيها فى العقد وذلك كأن تقول له أبرأتك من نفقة الصغير ستة أشهر أو سنة مثلا.

فإذا لم تحدد المدة وقالت أبرأتك من نفقة الصغير فقط لا يصح الإبراء. وذلك لأنه الخلع تحتمل فى عوضه الجهالة اليسيرة دون الجهالة الفاحشة التى تؤدى إلى النزاع مستقبلاً لأن المرأة قد تقول بعد ذلك أردت نفقة شهر ويقول الرجل أردت نفقة سنتين وهكذا فمنعًا لهذا اشترط تحديد المدة فى العقد.

وإذا صح الإبراء الذى توفر فيه الشرطان المذكوران ثم أعسرت الأم بعد ذلك فلها أن تطالب والد الصغير بأجرة ارضاعه الذى سبق أن أبرأته منها ويجبر على دفعها لها ويكون عوض الخلع أو ما تبقى منه دينا عليها وللأب أن يطالبها به بعد يسارها.

* * *

(١) المبسوط للسرخسى جـ ٥ ص ٢٠٩، الأحوال الشخصية لأبى زهرة ص ٤٧٢.

(٢) ابن عابدين جـ ٣ ص ٥٨٣.

الباب الثالث
فى الحضانة

معنى الحضانة:

تعرف الحضانة بأنها القيام على تربية الطفل ورعاية شئونه وتدبير طعامه وملبسه ونومه وتنظيفه ممن له حق تربيته شرعًا.

من له حق الحضانة:

اختلف الفقهاء فيمن له الحق فى الحضانة. فيرى بعض الفقهاء بأن الحضانة حق للحاضنة(١) وهى الأم ومن يليها فى استحقاق الحضانة وما دام هذا الحق حقًا لها فلها أن تمارس ذلك الحق ولها ألا تمارسه. وبناء على هذا الرأى لو امتنعت الأم عن الحضانة لم تجبر عليها وذلك لأن شفقتها الزائدة على ولدها تدعوها إلى حضانته فيحتمل أن يكون امتناعها عن حضانته عجزاً منها.

ويرى البعض الآخر بأن الحضانة حق للصغير لأنه محتاج إليها ويتعرض للتلف والهلاك بدونها وعلى هذا لو امتنعت الأم عن حضانة ولدها أجبرت على ذلك حرصًا على عدم ضياع الصغير.

وذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن الحضانة حق لهما معًا فليست حقًا خالصًا للصغير وحده ولا حقًا خالصًا لوالدته وحدها بل هو حق مشترك بينهما وإن كان حق الصغير فى ذلك هو الغالب. وهذا الرأى هو الراجح.

وقد جرى القضاء على أن الحضانة حق مشترك بين الحاضنة والطفل وقد حكمت بذلك محكمة جرجا الشرعية فى حكمها الصادر بتاريخ ٢٣ من يوليو سنة ١٩٣٣ والذى قررت فيه أن لكل من الحاضنة والمحضون حقا فى الحضانة وأن حق المحضون أقوى من حق الحاضنة وإن إسقاط حقها فى الحضانة لا يسقط حق الصغير(٢).

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد جـ ٢ ص ٥٧.

(٢) مجلة المحاماة الشرعية س ٥ ص ١٧١.

وقد ترتب على ذلك ما يأتى:

(أ) أن الزوجة لو خالعت زوجها على أن تترك حضانة ولدها للزوج فالخلع صحيح ولا يسقط حقها فى الحضانة لأنه ليس حقًا خالصًا لها بل للطفل فيه حق وليس لها أن تترك حق الطفل فيبطل الشرط[١]. وأيضا فإن هذا الشرط يترتيب عليه إبطال حق من يلى الأم فى الحضانة وهى لا تملك ابطاله.

(ب) أن الزوجة لو صالحت زوجها على أن تترك حقها فى الحضانة وجُعِلَ ذلك أساسًا فى الصلح فإنه يكون باطلاً لأنه يكون صلحا على ما لا تملك وهو حق غيرها ولأن ذلك مثل الخلع فى الصورة السابقة.

(ج) أن القاضى أن يجبر الحاضنة على الحضانة إذا لم توجد حاضنة غيرها مستوفية للشروط سواها.

(د) لا يصح للأب أن يأخذ الطفل من صاحبة الحق فى الحضانة ويعطيه لغيرها إلا بمبرر شرعى.

(هـ) أن المرضعة إذا كانت غير الحاضنة للولد فعليها أن تقوم بإرضاعه حتى لا يفوت حقها فى الحضانة[٢].

ويراعى فى جميع الأحوال أن هذه الحقوق مجتمعة إذا أمكن التوفيق بينها كان بها وإذا لم يمكن التوفيق بينها فيقدم حق الصغير لحاجته إلى الرعاية والعناية على حق الأم والأب معا وتقدير مصلحة الصغير متروكة للقاضى الذى يفصل فى النزاع فيتعين على أن يتقصى عن مصلحة الصغير بكافة الوسائل الممكنة وأن يحكم بمقتضاها حتى ولو اضطره ذلك إلى العدول عن تطبيق بعض الأحكام الفقهية الواردة فيها حرفيًا حيث أن هذه الأحكام مبنية على مراعاة مصلحة الصغير فلو أدى تطبيقها فى بعض الحالات إلى ما ليس فيه مصلحة عدل عن تطبيقها ويأخذ بالوجه الذى تتأكد به المصلحة.

---

(١) الأحوال الشخصية لأستاذنا محمد أبى زهرة ص ٤١٢.

(٢) تبيين الحقائق للزيلعى جـ ٣ ص ٤٧، حاشية ابن عابدين جـ ٢ ص ٦٥٣.

من يقوم على شئون الولد منذ ولادته:

الإنسان بعد ولادته يحتاج إلى رعاية وعناية لضعفه وعجزه ولما كان الوالدان هما أقرب الناس وأكثرهم شفقة ورعاية لمصالحه جعل الشارع لهما الولاية عليه. وقد رأى فى ذلك ما هو الأصلح والأنفع للصغير. فجعل أمر تربيته وتدبير شئونه والعناية به فى المرحلة الأولى من حياته إلى الأمهات ومن يقوم مقامهن فى ذلك لأنهن أرفق وأقدر على تربيته وحسن رعايته فى هذه المرحلة من الرجال. وحتى إذا بلغ الطفل سنًا يستغنى فيها عن خدمة النساء جعل الإشراف التام عليه للرجال وحدهم لأن الطفل بعد اجتيازه تلك المرحلة يكون فى حاجة إلى من يقوم بالإشراف على تعليمه وتثقيفه وصيانته من عوامل الإنحراف والرجال أقدر على ذلك من النساء ولهذا كانت النساء أولى بحضانة الصغار من الرجال. فإذا وجد من قريبات الطفل من تصلح للقيام بهذا الحق ثبت لها هذا الحق دون أقاربه من الرجال فإن لم يوجد من النساء من تصلح للقيام به انتقل هذا الحق إلى عصبته من الرجال لوجود أصل الشفقة لديهم حتى لا يضيع الصغير بتركه، ولما كانت قرابة الصغير من النساء والرجال لا يستوون فى الحنو عليه والشفقة به فقد رتب فقهاء الأحناف هؤلاء الأقارب حسب ترتيبهم فى الشفقة بحيث لا يستحق الأبعد منهم الحضانة إلا عند عدم وجود من هو أعلى منه درجة أو عند عدم صلاحيته لها.

ترتيب أصحاب الحق فى الحضانة:

أولاً: ترتيب أصحاب الحق فى الحضانة من النساء:

١ ـ الأمهات وإن علون: ويكون ترتيبهن كما يلى:

(أ) أم الطفل فهى أحق الناس بالحضانة سواء كانت متزوجة بأبى الصغير أو مطلقة لأنها أشفق وأرفق بالصغير من غيرها. ويشهد لهذا ما روى أن امرأة جاءت إلى رسول الله ﷺ فقالت يا رسول الله إن ابنى هذا كان بطنى له وعاء وحجرى له حواء وثديى له سقاء وأن أباه طلقنى ويريد أن ينزعه منى فقال رسول الله ﷺ: «أنت أحق به ما لم تتزوجى»[1]. وكذلك ما روى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه طلق زوجته أم عاصم وأراد أن يأخذ

(١) نيل الأوطار جـ ٧ ص ٣٨.

ولده عاصمًا منها فأبت عليه ذلك وتخاصما إلى أبى بكر رضى الله عنه وهو خليفة فقال أبو بكر لعمر. ريحها ومسها ومسحها وريقها خير له من الشهد عندك. وكان هذا بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه ذلك أحد فكان إجماعًا على تقديم الأم على غيرها[١].

(ب) أم الأم وإن علت وهى جدة المحضون من جهة أمه.

(ج) أم الأب وإن علت وهى جدة المحضون من جهة الأب.

وإنما قدمت أم الأم على أم الأب وإن كانتا متساويتين فى القرب لأن الأولى من جهة الأم وحق الحضانة مستفاد من جهة الأم فتقدم القرابة التى من جهتها على التى من جهة الأب.

٢ ـ **الأخوات**: ويكون ترتيبهن كما يلى:

(أ) الأخت الشقيقة.

(ب) الأخت لأم.

(ج) الأخت لأب.

٣ ـ **بنات الأخوات**: وذلك كما يلى:

(أ) بنت الأخت الشقيقة.

(ب) بنت الأخت لأم.

أما بنت الأخت لأب فتتأخر بعد الخالات.

٤ ـ **الخالات**: ويكون ترتيبهن كما يلى:

(أ) الخالة الشقيقة.

(ب) الخالة لأم.

(ج) الخالة لأب.

(١) الحديث فى الموطأ «كتاب الوصية» باب ما جاء فى المؤنث . . . ومن أحق بالولد.

وبعد الخالات تأتى بنت الأخت لأب والسبب فى تأخرها فى استحقاق الحضانة عن الخالات أن قرابة الخالة من ناحية الأم التى تستفاد الحضانة من جانبها أما بنت الأخت لأب فهى أبعد درجة من الخالة وليست قرابتها من ناحية الأم.

٥ ـ **بنات الأخوة**: ويكون ترتيبهن كما يلى:

(أ) بنت الأخ الشقيق.

(ب) بنت الأخ لأم.

(ج) بنت الأخ لأب.

ويلاحظ أن بنات الأخوة لم تتساوَ مع بنات الأخوات وذلك لأن قرابة بنات الأخوات من المحضون عن طريق الأخت ولها حق الحضانة. أما بنات الأخوة فقرابتهن عن طريق الأخ ولا حق له فى الحضانة مع النساء فكان من يدلى بمن له حق الحضانة أولى.

٦ ـ **العمات**: ويكون ترتيبهن كما يلى:

(أ) العمة الشقيقة.

(ب) العمة لأم.

(ج) العمة لأب.

ويراعى أنه ليس لبنات الخالات أو بنات العمات حق الحضانة وذلك لأنهن لسن بذوات رحم محرم من المحضون ومن شروط استحقاق المرأة لحضانة الصغير أن تكون ذات رحم محرم منه.

٧ ـ **خالات الأم وعماتها**: ويكون ترتيبهن كما يلى:

(أ) خالة الأم الشقيقة.

(ب) خالة الأم من جهة الأم.

(ج) خالة الأم من جهة الأب.

(د) عمة الأم الشقيقة.

(هـ) عمة الأم من جهة الأم.

(و) عمة الأم من جهة الأب.

٨ ـ خالات الأب ثم عماته حسب الترتيب السابق.

ثانيًا: ترتيب أصحاب الحق فى الحضانة من الرجال:

إذا لم توجد من تقوم بحضانة الصغير من النساء أو وجدت وكانت غير أهل لها انتقل هذا الحق إلى عصبته من الذكور وعاصب الصغير هو قريبه من الذكور الذى ليست العلاقة بينه وبين الصغير أنثى وحدها ويكون ترتيبهم كما يلى:

الأب ثم الجد أبو الأب وإن علا ثم الأخ الشقيق ثم الأخ لأب ثم ابن الأخ الشقيق ثم ابن الأخ لأب ثم العم الشقيق ثم العم لأب ثم ابن العم الشقيق ثم ابن ابن العم لأب إذا كان المحضون ذكرًا، فإن كان أنثى لم يكن لابن العم الحق فى حضانتها مطلقًا لأنه ليس بمحرم لها[١].

فإذا لم يوجد أحد ممن يستحق الحضانة من عصبة الصغير أو وجد وكان غير أهل لها انتقل هذا الحق إلى محارمه من الرجال غير العصبة وهم الجد أبو الأم. ثم الأخ لأم فابنه ثم العم من الأم ثم الخال الشقيق ثم الخال لأب ثم الخال لأم. وذلك لأن هؤلاء لهم حق الولاية فى تزويج الصغير فصح أن تسند إليهم الحضانة باعتبارها نوع من الولاية.

فإذا تعدد المستحقون للحضانة وتساووا فى درجة القرابة كأخوين شقيقين مثلاً فإن القاضى يحكم بالحضانة لأصلحهم للصغير فإن تساووا فى ذلك كان الأحق بها أكبرهم سنا وذلك لأنه غالبًا ما يكون أكثر تجربة وأعرف بما فيه مصلحة الصغير فإذا لم يوجد من يقوم بحضانة الصغير أو الصغيرة فإن القاضى يضعه عند من يثق به رجلاً كان أو امرأة.

---

(١) حاشية ابن عابدين جـ ٢ ص٦٥٦.

شروط استحقاق الحضانة

الحضانة حق للحاضنة وإنها كذلك حق للمحضون وأن حق المحضون فيها أقوى من حق الحاضنة ولذلك يراعى فى إثبات حق الحضانة للحاضنة أو الحاضن مصلحة الصغير فلا يثبت هذا الحق لواحد ممن ذكرناهم إذا كان فى إثباته له تعريض الصغير للضرر ولما كانت تربية الصغير تتطلب كفاية خاصة فقد اشترط الشارع لاستحقاق الحضانة شروطًا إذا توافرت أمكن الوصول إلى التربية المطلوبة وإن فقد واحد منها تطرق الخلل إلى تربية الصغير وهذه الشروط بعضها عام يجب توافره فى كل من يقوم بالحضانة سواء أكان من النساء أم الرجال وبعضها خاص بمن يقوم بالحضانة من النساء وبعضها خاص بمن يقوم بالحضانة من الرجال.

أولاً: الشروط العامة لاستحقاق الحضانة:

يشترط لاستحقاق الحضانة لكل من النساء والرجال ما يأتى:

١ ـ البلوغ: فلا تثبت الحضانة للصغير ولو كان مميزاً لأنه لا يستقل بأمور نفسه ولا يستغنى عن غيره.

٢ ـ العقل: فلا تثبت الحضانة للمجنون والمجنونة ولا للمعتوه والمعتوهة.

٣ ـ القدرة على تربية الصغير والقيام بشئونه:

وعلى هذا فلا تثبت الحضانة للعاجز عنها وغير القادر عليها. وليس لعدم القدرة مظاهر معينة. فقد يكون سبب ذلك كبر وضعف الصحة وقد تكون بسبب المرض الشديد الذى يقعد الشخص ويجعله عاجزاً عن القيام بشئون نفسه أو غيره. وقد يكون بسبب الانشغال بالعمل.

حكم حضانة المرأة العاملة

أما إذا كانت المرأة تخرج للعمل فإن كان عملها يمنعها من رعاية الصغير وتربيته والعناية به فلا تكون صالحة للحضانة وينتقل هذا الحق إلى من يليها من النساء حسب الترتيب الذى سبق. وذلك كالمضيفة الجوية مثلاً فإن طبيعة عملها تقتضيها أن تتغيب عن الطفل مدة طيرانها. وقد تطول هذه المدة حسب ظروف الرحلة وزمانها وهذا يؤدى إلى ضياع الطفل لعدم رعايته والعناية به. أما إن كان عملها لا يمنعها من رعاية الصغير وتدبير شئونه فإن حقها لا يسقط فى الحضانة وذلك كالطبيبات والمعلمات وأمثالهن ممن يعملن ٤٠٧وذلك لأن الطبيبة مثلاً قبل أن تخرج إلى عملها تعهد بطفلها إلى من ينوب عنها فى ملاحظته ورعاية شئونه تحت إشرافها ومراقبتها وقد سارت على ذلك أحكام المحاكم.

فقد حكمت محكمة أسيوط الشرعية فى ١٥/ ١٠/ ١٩٤٧ بأنه إذا كانت ظروف العمل لدى الحاضنة التى تقوم بالتدريس تسمح بإرضاعها لولدها فى الأوقات الواجبة وكان لها مع ذلك خادم يقوم بخدمة الرضيع اعتبرت الحاضنة بذلك قادرة على صيانة الرضيع وحفظه طبقا لما تشير إليه النصوص الشرعية.

٤ ـ الأمانة: ومعناها أن يكون من يقوم بحضانة الصغير مأمونًا عليه وأن يكون من شأنه المحافظة عليه وصيانته مما يضر بصحته أو بسلوكه أو يؤثر فى نفسيته أو دينه فلا يثبت حق الحضانة لمن كان غير أمين على تربية الصغير وتقويم أخلاقه. وعلى هذا لو كانت المرأة فاسقة أو الرجل فاسقًا فإن كان هذا الفسق يمنع من العناية بالصغير فلا يستحق الحضانة أما إذا كان الفسق لا يشغله عن العناية بالصغير فإنه يستحق الحضانة. والمرأة المنحرفة فى سلوكها التى لا يشغلها انحرافها عن مراعاة الصغير والقيام بشئونه لها الحق فى الحضانة إلى أن يعقل الصغير ويخشى عليه من أن يألف ما يراه من أفعالها حتى ولو كان ذلك قبل بلوغه سبع سنين، وذلك مراعاة للصغير ومحافظة عليه من التربية السيئة وهذا هو ما يجرى عليه أحكام المحاكم المصرية.

فقد حكمت محكمة الأزبكية فى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ بسقوط حق الأم فى حضانة أولادها لارتكابها الفاحشة والقضاء بحبسها مع الشغل من أجل ذلك. وقد جاء فى حيثيات

الحكم: «أن الحاضنة إن كانت فاسقة فسقًا يلزم منه ضياع الولد عندها سقط حقها وإلا فهى أحق به إلى أن يعقل فينزع منها».

ومن هذه الأحكام كذلك حكم محكمة كرموز فى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ الذى قرر سقوط حق الأم فى حضانة صغيرين لها بسبب سكناها بهما مع أجنبى كأنه زوج لها. وبسبب خروجها الكثير إلى المسارح والسينما مما يضيع الأولاد فيكون هذا وحده كافيًا لسقوط حق الحضانة مثله فى هذا مثل مساكنتها لأجنبى فى اعتباره سببًا كافيًا لسقوط حق الحضانة.

ويراعى أن الأصل فى الحاضنة أو الحاضن هو الأمانة والصلاحية للحضانة ولا ينتفى عنه ذلك إلا بدليل. فإن ادعى أحد الزوجين على الآخر بأنه غير أمين أو أنه غير أهل للحضانة لا تقبل دعواه إلا إذا كان هناك دليل على إثبات هذه الدعوى فإن وجد الدليل قضى بعدم استحقاقه للحضانة وإذا لم يوجد دليل على ذلك فهو مستحق للحضانة.

ثانيًا: الشروط التى يجب توافرها فيمن يقوم بحضانة الصغير من النساء:

إذا كانت الحاضنة من النساء وجب أن يتوافر فيها شروط أخرى زيادة على الشروط العامة التى تقدم بيانها وهذه الشروط هى:

١ ـ أن تكون الحاضنة ذات رحم محرم من الصغير وذلك كالأم والأخت والخالات ونحوهن فلو كانت أجنبية عن الصغير لا يثبت لها حق الحضانة حتى ولو كانت محرمة عليه كأمه وأخته من الرضاع. وكذلك لو كانت قريبة للصغير ولم تكن محرمًا له فلا تكون أهلا للحضانة كبنات الأعمام والعمات وبنات الأخوال والخالات.

٢ ـ ألا تكون متزوجة بأجنبى عن الصغير أو بقريب غير محرم له.

فإن كانت المرأة متزوجة بأجنبى عن الصغير أو كانت متزوجة بقريب للصغير ولكنه ليس محرما له فلا حق لها فى الحضانة وذلك لأن زوج الأم يتضرر عادة من وجود الصغير مع أمه فيشعر الصغير بالجفاء منه وهذا له تأثير سيء على نفسيته هذا فضلاً عن أن الصغير فى حالة ما إذا كانت الحاضنة هى أمه لا يطيق أن يرى رجلا آخر غير أبيه يعاشرها. أما لو

كانت الحاضنة متزوجة بقريب محرم من الصغير كما لو كانت أمه متزوجه بعمه فإن هذا الزواج لا يمنع من استحقاقها للحضانة لأن الزوج إذا كان محرمًا للصغير فإنه يعطف عليه كولده ولا يتضرر من وجوده مع زوجته لوجود القرابة الباعثة على الشفقة.

٣ ـ ألا تقيم بالصغير فى مسكن من يبغضه ويكرهه ولو كان قريبا له.

وذلك لأن الحضانة شرعت لمصلحة الصغير وصيانته وإقامة الحاضنة مع من يبغض الصغير يعرضه للأذى والضياع. وعلى هذا لو تزوجت الأم بزوج أجنبى عن الصغير وسقط حقها فى الحضانة وأخذت أمها الولد فإن أقامت به الأم مع زوج ابنتها كان للأب أن يأخذه منها. أما إذا أقامت فى بيت رجل آخر غير زوج أمه كبيت زوج خالتة مثلاً فلا يسقط حقها فى الحضانة لأن هذا الأجنبى لا يبغض الصغير ولا يكرهه.

٤ ـ ألا تكون مرتدة عن دين الإسلام:

وذلك لأن حكم المرتدة هو الحبس حتى تعود للإسلام من جديد أو تترك فى الحبس حتى تموت وإذا حبست فلا تتمكن من القيام بشئون الصغير وربما تدفعها إلى أن تغير دينه فلا تؤمن عليه فلا يكون لها بناء على ذلك الحق فى الحضانة.

ومما يجب التنبيه إليه أنه لا يشترط اتحاد الدين بين الحاضنة وبين الطفل بل يجوز أن تكون المرأة ذمية (مسيحية) أو (يهودية) وتستحق حضانة ولدها من زوجها المسلم الذى فارقها لوفور شفقتها على ولدها. واختلاف الدين بينها وبين ولدها لا يؤثر فى عطفها وحنانها عليه وتستمر هذه الحضانة إلى أن يعقل الصغير ويعرف الأديان وقدر ذلك ببلوغه سن السابعة فإذا بلغ هذه السن فإنه ينزع منها خوفًا على دينه. وقد ينزع هذا الطفل من أمه الذمية قبل بلوغه سن السابعة إذا ثبت أنها تحاول غرس مبادئها الدينية فى ولدها أو أنها تعوده على العادات المنافية للإسلام وانتزاع الصغير منها فى هذه الحالة يكون من حق القاضى حتى ولو تنازل المدعى به عن دعواه[1].

هذا ويراعى أنه إذا سقطت الحضانة عن المرأة لعارض كالتزوج من أجنبى أو مساكنته أو الردة فإن حقها فى الحضانة يعود إليها اذا ارتفع هذا العارض لزوال المانع الذى يمنع من

(١) حكم محكمة الاسكندرية الشرعية فى ١٢ مايو ١٩٤٠.

الاستحقاق. فلو سقطت حضانة الأم لتزوجها من أجنبى عن الصغير ثم طلقت منه عاد إليها حقها فى الحضانة إلا أنه لا يكتفى بقولها أنها طلقت بل لابد من أن يكون طلاقها ثابتا بوثيقة أو بتصديق زوجها لها فيه. ولو أنهما تصادقا على الطلاق لكن ثبت بعد ذلك معاشرتها للزوج فإن حقها فى الحضانة لا يعود إليها إذ أنه تبين من هذه المعاشرة أن الطلاق السابق طلاق صورى أريد منه التحايل على استعادة الأم حقها فى الحضانة وعلى فرض أنه طلاق حقيقى فإن مجرد معاشرتها لأجنبى عن الصغير كافية فى إسقاط الحضانة عن الحاضنة[1].

ثالثًا: الشروط التى يجب توافرها فيمن يقوم بحضانة الصغير من الرجال:

يشترط فى الرجل الذى تنتقل الحضانة إليه لعدم وجود أحد من النساء اللاتى لهن الحق فيها. أو لوجود البعض منهم ولكن وجد مانع يمنع من استحقاق الحضانة شروط أخرى غير الشروط العامة السابقة وهذه الشروط هى:

١ ـ أن يكون ذا رحم محرم من المحضون إذا كان أنثى.

وعلى هذا فلا يصح لابن العم أن يقوم بحضانة ابنة عمه لأنه ليس بمحرم منها فلا يستحق حضانتها وهذا دفعا للفتنة. ومع هذا فيجوز للقاضى إذا لم يكن لها عصبة غيره وكان أمينًا عليها ولا يخشى عليها الفتنة من بقائها معه أن يدفعها إليه ويبقيها عنده.

٢ ـ أن يكون متحدًا فى الدين مع المحضون.

فلو كان المحضون مسلمًا فلا يستحق حضانته أخوه الذمى غير المسلم لأن الحضانة نوع من الولاية ولا ولاية لغير المسلم على المسلم.

ولم يراعَ هذا الشرط فى الحاضنات من النساء وذلك لوفور شفقتهن التى تحملهن على مراعاة مصالح الصغير مع اختلاف الدين.

ويلاحظ أن جميع الأديان غير دين الإسلام تعتبر دينًا واحدًا. فيثبت للأخ اليهودى حق الحضانة لأخيه النصرانى.

(١) حكم محكمة مصر الابتدائية الشرعية فى ١٣ ديسمبر ١٩٣٤.

سن الحضانة

تبدأ هذه السن بمجرد الولادة كما هو واضح لا يحتاج إلى بيان، ولكن انتهاء السن كان مثار خلاف بين الفقهاء. والقاعدة العامة فى هذا الشأن أن انتهاء سن الحضانة مرتبط بمدى استغناء الصغير عن خدمة النساء.

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن حضانة الفتى تنتهى ببلوغه سن السابعة وحضانة الفتاة تنتهى ببلوغها سن التاسعة وهذا هو المفتى به على مذهب أبى حنيفة. وروى عن الشافعى أن الأم أحق بالطفل ذكرًا كان أو أنثى إلى أن يبلغ سبع سنين، فإذا بلغ أحدهما سبعًا (أو ثمان فى رواية أخرى) وهو يعقل خُيِّر بين أبيه وأمه وكان عند أيهما اختار. والحنابلة يرون أن مدة الحضانة سبع سنين للصغير والصغيرة، فإذا بلغ سبع سنين خير بين أبويه، وعن مالك: «أن حضانة الذكر للبلوغ، وأما الأنثى فلدخول الزوج بها إلا إذا خيف عليها بعد البلوغ، وقال ابن حزم أن الأم أحق بحضانة الصغير والصغيرة حتى يبلغا المحيض أو الاحتلام مع التمييز وصحة الجسم[١].

سن الحضانة فى القرار بقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥:

كان العمل يجرى فى المحاكم على الرأى الراجح فى مذهب أبى حنيفة الذى يجعل مدة الحضانة بالنسبة للصغير سبع سنين وبالنسبة للصغيرة تسع سنين. إلى أن صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ حيث نص فى المادة ٢٠ منه: «على أن للقاضى أن يأذن بحضانة النساء للصغير بعد سبع سنين إلى تسع إذا تبين له أن مصلحة الصغير تقتضى ذلك، وللصغيرة بعد تسع سنين إلى إحدى عشرة سنة إذا تبين أن مصلحتها تقتضى ذلك. ثم صدر القرار بقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ فنص فى المادة رقم ٢٠ منه على ما يأتى: ينتهى حق حضانة النساء ببلوغ سن العاشرة وبلوغ الصغيرة سن اثنتى عشرة سنة. ويجوز للقاضى بعد هذه السن ابقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة، والصغيرة حتى تتزوج فى يد الحاضنة بدون أجر حضانة إذا تبين أن مصلحتها تقتضى ذلك».

---

(١) حقوق الأسرة للدكتور يوسف قاسم ص ٣٩٨ وما بعدها.

ونجب أن نشير إلى أن ما أتى به القانون فى سن الحضانة اجتهاداً له ما يبرره من معالجة ما تبين للقائمين به من أن مصلحة المحضونين تقتضى العمل على استقرارهم فى يد الحاضنات وعدم إزعاجهم بنزعهم منهن حيثما لا تكون المصلحة فى ذلك، ثم هو قريب من مذهب مالك على وجه العموم.

ولعل المصالح المبتغاة من هذا القانون تتحقق ويبدو أثرها واضحًا فى عدم غل يد الأب عن الصغير أو الصغيرة وعدم الحد من ولايته الشرعية الكاملة عليهما، فإن عليه مراعاة أحوالهما وتدبير أمورهما.

كذلك راعى المشرع حقوق الأب فنص على أنه فى حال إبقائهما فى يد الحاضنة بعد سن العاشرة للذكر وسن الثانية عشرة للأنثى لا يكون للحاضنة الحق فى اقتضاء أجره حصانة، وإنما لها الحق فقط فى نفقة المحضون الذاتية من طعام وكساء ومسكن وغير هذا من مصاريف تعليم وعلاج وما يقضى به العرف فى حدود يسار الأب أو من يقوم مقامه.

مكان الحضانة

إذا كانت الحاضنة أما للمحضون وكانت الزوجية بينها وبين أبيه قائمة فمكان الحاضنة هو المكان الذى تقيم فيه مع الزوج والد المحضون، فلا يجوز لها الانتقال منه إلى غيره إلا إذا أذن الزوج لها فى الانتقال لأن الزوجة يجب عليها متابعة زوجها والإقامة معه حيث يقيم. وكذلك لو كانت أم المحضون قد طلقت من زوجها والد المحضون طلاقًا رجعيًا أو بائنا أو توفى عنها ولا زالت فى لعدة لأن المعتدة يلزمها قضاء العدة فى المكان الذى وقعت فيه الفرقة ولايجوز خروجها ولا إخراجها من هذا المكان.

أما إذا كانت الزوجية بين الحاضنة ووالد المحضون قد انتهت وانقضت عدتها فإن مكان الحضانة هو البلد الذى يقيم فيه والد المحضون أو من يقوم مقامه، فإن أرادت الحاضنة أن تنتقل بالمحضون إلى بلد آخر للإقامة به والاستقرار فيه جاز لها ذلك بشرط أن يكون البلد الذى تريد الانتقال إليه يستطيع الأب أو من يقوم مقامه أن يزور الولد ويرجع إلى مكان اقامته فى نفس اليوم. أما أن كان البلد الذى تريد الأم الحاصنة الإنتقال إليه بعيدًا عن الأب

بحيث لا يستطيع زيارة الطفل والرجوع إلى بلده فى نفس اليوم فلا يجوز للأم الانتقال بالولد إلا إذا تحقق شرطان:

الشرط الأول: أن يكون البلد الذى تريد الانتقال إليه وطنا لها.

الشرط الثانى: أن يكون والد الطفل قد تزوجها أصلاً فى ذلك البلد.

فإذا توافر هذان الشرطان جاز للأم الانتقال بالطفل إليه. وإن تخلف شرط منهما لم يجز لها الانتقال بالطفل إليه. والحكمة التى من أجلها جاز للأم أن تنتقل إلى بلدها بطفلها بعيداً عن والده هى أن من يتزوج امرأة فى بلدها يكون راضيًا ضمنًا بإقامتها بالولد فى هذا المكان، ولأن فى إقامة الأم فى بلدها بعد انتهاء الزوجية بينها وبين والد الطفل مصلحة لها حيث تكون بين أهلها وذويها ومصلحة للطفل أيضًا لوجوده مع أشفق الناس عليه وهم أقارب أمه فتترجح هذه المصلحة على الضرر الذى يصيب الأب من بعد ولده عنه.

أما إذا كانت الحاضنة امرأة أخرى غير الأم كالجدة أم الأم أو الأخت أو الخالة أو غيرهن، فلا يجوز لها أن تنتقل بالطفل المحضون من البلد الذى يقيم فيه أبوه إلى بلد آخر إلا برضاه، فإذا انتقلت إلى بلد آخر بدون رضاه سقط حقها فى الحضانة وللأب أو من يقوم مقامه أن يأخذ الولد منها حتى ولو كان البلد الذى انتقلت إليه وطنًا له سواء كان المكان الذى انتقلت إليه الحاضنة قريبًا أو بعيداً لأن جواز الإنتقال للأم إلى بلدها كان سببه العقد أما غير الأم فلا عقد بينها وبين والد المحضون. إلا أن بعض فقهاء المذهب الحنفى أجاز لغير الأم أن تنتقل بالطفل إذا كان البلد الذى انتقلت إليه قريبًا وهو الذى يستطيع ولى الطفل أن يسافر إليه ليرى الولد ويعود إلى محل إقامته فى نفس اليوم مثلها مثل الأم فى ذلك وهو رأى سديد وعليه يجرى القضاء فى مصر[1].

ومما يجب التنبيه إليه أن الأب لا يجوز له أن ينتزع الولد من أمه التى تقوم بحضانته ويسافر به بدون إذنها سواء كان البلد الذى سيسافر إليه قريبًا أم بعيداً، وسواء كان الوالد يقصد الإقامة فى ذلك البلد أم كان يقصد الزيارة أو التجارة أو غيرهما وذلك لأن الحضانة حق للحاضنة ولا يملك ولى الطفل سواء كان الأب أو غيره أن يسقط هذا الحق بانتقاله إلى بلد آخر، ولأن سفره بالطفل بعيداً عن أمه الحاضنة فيه تفويت لمصلحتها ومصلحة الصغير كذلك وذلك لا يجوز.

(١) حكم محكمة دمنهور الشرعية فى ٢٥/ ١٠/١٩٢٧، وحكم محكمة الجمالية فى ١٥/ ٤/ ١٩٤١.

مسكن الحضانة

إذا وقع الطلاق بين الزوجين وبينهما صغار فإن المنازعة تثور بينهما فيمن يختص منهما بمسكن الزوجية هل تنفرد به المطلقة والصغار بوصفها حاضنة لهم. أن ينفرد به المطلق وحده. ونتيجة لأزمة الإسكان الخانقة فقد تعددت المنازعات والأقضية التى تمثل صراعًا بين الزوجين بعد الطلاق على الاستقلال بمنزل الزوجية. وقد اختلفت قرارات النيابة العامة والأحكام فى هذا الصدد فبعضها كان يمكن الزوج ويطرد الزوجة بأطفالها ليواجهوا وحدهم تدبير مأوى لهم فى وقت عز فيه الحصول على مسكن.

والبعض الآخر أبقى الطرفين المتنازعين فى المسكن مع ما فى ذلك من خطورة اجتماعية ومخالفة صريحة لأحكام الشريعة الإسلامية فى حالة ما إذا كان الطلاق بائنًا. والبعض الثالث مكن الزوجة والأولاد من المسكن. ولا شك أن بقاء هذا الحال دون علاج تشريعى أمر خطير تترتب عليه آثار خطيرة اجتماعيًا وإنسانيًا ويقتضى العلاج والحسم السريع. مما اضطر المشرع أن يعالجه فنص فى المادة الرابعة من القرار بقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥: «على الزوج المطلق أن يهىء لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب، فإذا لم يفعل خلال مدة العدة، استمروا فى شغل مسكن الزوجية المؤجر، دون المطلق، مدة الحضانة. وإذا كان مسكن الزوجية غير مؤجر، كان من حق الزوج المطلق، أن يستقل به إذا وفر لهم المسكن المستقل المناسب بعد انقضاء مدة العدة ويخير القاضى الحاضنة بين الاستقلال بمسكن الزوجية وبين أن يقدر لها أجر سكن مناسب للمحضونين ولها. فإذا انتهت مدة الحضانة، فللمطلق أن يعود إلى المسكن مع أولاده إذا كان من حقه ابتداء الاحتفاظ به قانونًا. وللنيابة العامة أن تصدر قرارًا فيما يثور من منازعات بشأن حيازة مسكن الزوجية المشار إليه حتى تفصل المحكمة فيها».

ويبين من نص المادة سالفة الذكر أن المشرع أوجب على الزوج المطلق أن يهىء مسكن الحضانة المستقل المناسب لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم، فإذا لم يفعل خلال مدة العدة استمروا فى شغل مسكن الزوجية دون المطلق مدة الحضانة، فإذا انتهت مدة الحضانة فللمطلق أن يعود إلى المسكن مع أولاده إذا كان من حقه ابتداء الاحتفاظ به قانونًا. كما

أجاز القانون تخيير الحاضنة بين الاستقلال بمسكن الزوجية وبين أن يقدر لها أجر سكن مناسب للمحضونين ولها.

وأجازت المادة للنيابة العامة إصدار قرار مؤقت فيما يثور من منازعات بشأن حيازة مسكن الزوجية المشار إليه حتى تفصل المحكمة نهائيا فى النزاع.

وهذا الحكم يعد استثناء من الأحكام المنظمة للعلاقة بين المؤجر والمستأجر فى القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر حيث يستقل الصغار من مطلقته وحاضنتهم بقوة القانون بشغل المسكن فى مواجهة الزوج المستأجر والمالك وتقوم العلاقة الإيجارية مباشرة بين الصغار من مطلقته وحاضنتهم وبين المالك خلال فترة استقلالها بشغل المسكن على أن تعود العلاقة بقوة القانون للمطلق المستأجر الأصلى فور انتهاء الحضانة، ومن الواضح أن الحاضنة تلتزم بسداد الأجرة وبكافة الالتزامات التى يتحملها المستأجر خلال فترة شغلها للمسكن على استقلال حيث أنها تحصل للصغار الذين هم فى حضانتها على نفقة من أبيهم. ولنا على هذا التقنين عدة ملاحظات:

١ ـ سند القرار بقانون فى تقريره هذه الأحكام كما ورد فى المذكرة الإيضاحية هو ما ذهب إليه الفقهاء حين قالوا: «أن من لها إمساك الولد وليس لها مسكن فإن على الأب سكناهما جميعًا» (الدرر المختار للحصفكى فقه حنفى فى كتاب الحضانة).

هذا النص الفقهى قد خصص الحاضنة التى ليس لها مسكن «فهى التى على الأب سكناها هى ومحضونها» أما التقنين فقد أطلق القول بين من لها مسكن وبين من ليس لها مسكن.

٢ ـ لم يلزم الفقهاء جميعًا الأب بالخروج من مسكنه إذا لم يهيئ للحاضنة والمحضونين مسكنا مستقلاً مناسبًا، ولكن القانون ألزم المطلق بالخروج من مسكنه لتستمر الحاضنة فيه مع المحضونين إذا لم يهيئ لهم المطلق مسكنًا آخر.

٣ ـ أغفل التقنين الحالات التى يكون فيه المحضون ذا مال يمكن معه استئجار منزل الحضانة منه له ولحاضنته إذ أن نفقة كل إنسان تجب فى ماله إذا كان ذا مال ولايستثنى من ذلك إلا نفقة الزوجة على زوجها.

٤ ـ أن الحكم بمسكن الحضانة للحاضنة يؤدى إلى مفاسد كثيرة منها أن الحكم بخروج المطلق من مسكنه واستقلال الحاضنة به، اتخذته كثير من الزوجات وسيلة لإذلال الزوج فملأن البيت شغبًا ونزاعًا ونكدًا، ولم يحقق القانون بذلك مقاصد الشريعة الإسلامية فى أن يكون الزواج سكنًا ومودة، ورحمة.

٥ ـ جعل التقنين الأب (المولود له) يضار ضررًا شديدًا بسبب: «ولده» حتى ليتمنى كثير من الآباء فى مثل هذا الموقف ـ وحينما يطَّردون من مساكنهم الخاصة بدون وجه حق ـ أن كان كل منهم عقيمًا لا يولد له: (ولو فى هذه الزوجية بخصوصها) وكيف إذا كان هذا الأب عاجزًا فقيرًا نفقته هو على غيره، أو كانت هذه الزوجة هى الطالبة للطلاق أو المتسببة فيه.

ان طرد الأب ـ أو غيره ـ من مسكنه الخاص ليسكن فيه غيره من قرابته (ولو كانوا أبناءه) ممتنع فى الإسلام إطلاقًا وفى أى ظرف من الظروف، ولم يأمر الإسلام أبدًا أن يضار مولود له بولده ولا أن تضار والدة بولدها، وأن عدم الإضرار معنى من معانى حقوق الإنسان فى الإسلام فكيف أغفل هذا التقنين هذا المعنى، إن هذا التقنين مخالف للقواعد العامة المقررة فى الشريعة الإسلامية مخالفات أساسية وجوهرية وأعتقد أنها ليست مقصودة من واضعى هذا القانون بل إنهم كانوا يبغون المصلحة كما ورد ذكره فى المذكرة الإيضاحية.

حق رؤية الولد

إذا كان الولد عند الحاضنة سواء كانت أمه أم غيرها فليس لها أن تمنع أباه من رؤيته ولكنها لا تجبر على إرساله إليه فى منزله أو مكان إقامته بل تؤمر فقط على إرساله إلى مكان يمكن للأب أن يراه فيه. وكذلك لو كان الولد عند أبيه بعد انتهاء مرحلة حضانته وضمه للأب أو عند سقوط حق الأم فى الحضانة وثبوته للأب فلا يجوز له أن يمنع الأم من رؤية ولدها إلا أنه لا يجبر على إرساله لها فى مكان إقامتها لتراه بل يؤمر فقط على إرساله إليها فى مكان يمكنها أن تراه فيه، وذلك كمنزل أحد الأصدقاء أو الأقرباء أو أى مكان آخر يتفق عليه الطرفان. وليس هناك نص صريح ومحدد المدة التى يجوز أن يرى

الأب فيها ولده وللأم أن ترى فيها ولدها. ومن الممكن أن تقاس هذه المدة على رؤية الزوجة لأبويها فقد نص الفقهاء على أن الزوجة يجوز لها أن تخرج من منزل الزوجية لزيارة أهلها فى كل أسبوع مرة فيقاس عليه رؤية الوالدين لولدهما لأن الأولى زيارة الفرع للأصل والثانية زيارة الأصل للفرع. أما بالنسبة لغير الأم من الحاضنات الأقارب كالخالة مثلا وغير الأب من العصبات فإن حق الرؤية يثبت لهم ولكن لا يكون كل أسبوع مرة كالأب والأم وإنما يكون لهم الحق فى رؤية المحضون مرة كل شهر وهو ما يجرى عليه العمل فى المحاكم.

وقد نص القرار بقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على حق كل من الأبوين فى رؤية الصغير أو الصغيرة وأثبت هذا الحق للأجداد عند عدم وجود الأبوين باعتبارهم من الآباء لأن هذا حق مقرر شرعًا لأنه من باب صلة الرحم التى أمر بها الحق سبحانه فى قوله: ﴿وَأُوْلُوا الأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾(١).

ومع أن هذا الحق مقرر شرعًا إلا أنه ثبت من استقراء المنازعات المختلفة فى هذا المجال والحوادث المتكررة التعنت من الحاضنة أو من الأب بعد أن تنتقل إليه الحضانة حتى لا يمكن الطرف الآخر من رؤية الصغير رغم أنه حق طبيعى ومقرر له شرعًا مما يؤدى إلى الخصومة والنزاع الأمر الذى يترتب عليه استصدار حكم قضائى لتنفيذ الرؤية جبرًا فى أقسام الشرطة مما يترتب عليه تمزيق نفوس الصغار وتعريضهم لكوارث نفسية يدفع ثمنها المجتمع كله نتيجة للكيد وتخطى حدود الله من الحاضنة أو الأب أو صاحب حق الرؤية للصغار. ولعلاج ذلك فقد نصت المادة ٢٠ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فى الفقرة الثانية والثالثة والرابعة بالمادة الثانية من القرار بقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على تنظيم حق رؤية الصغار على أساس عدم الإضرار بهم أو إزعاجهم فحق الرؤية لكل من الصغير والصغيرة للأبوين.

ويكون كذلك للأجداد عند عدم وجود الأبوين باعتبارهم من الآباء وقد جعل أساس استخدام صاحب حق الرؤية لحقه هو الإتفاق مع الحاضنة فإذا لم يتيسر ذلك نظم القاضى هذه الرؤية فى مكان لا يضر بالصغير أو الصغيرة نفسيًا. وقد نصت الفقرة الرابعة من

---

(١) الآية رقم ٧٥ من سورة الأنفال.

القانون سالف الذكر على منع تنفيذ حكم الرؤية قهراً لما فى ذلك من إيذاء خطير وأثر سىء على نفسية الصغار الذين يجب لمصلحة المجتمع حمايتهم من التعرض لمثل هذا الايذاء بسبب نزاع لا دخل لهم فيه. ولزجر من يمنع صاحب حق الرؤية من مباشرة حقه نصت الفقرة المذكورة على وجوب أن ينذر القاضى من بيده الصغير إذا امتنع عن تنفيذ حكم الرؤية وإذا تكرر منه ذلك جاز للقاضى أن ينقل الحضانة مؤقتًا إلى من يليه من أصحاب الحق فى الحضانة على الترتيب الذى أشرنا إليه وذلك لمدة يقدرها القاضى. وهذا اتجاه سديد ولا مراء فى أن تنفيذ الحكم بنقل الحضانة يتم بمجرد صدوره لشموله بالنفاذ قانونًا بالقوة الجبرية بالأعمال للمادة ٣٥٤ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية.

أجرة الحضانة ـ ومتى تستحق ـ وعلى من تجب

أجرة الحضانة:

إذا قام الإنسان بعمل لغيره استحق الأجرة على هذا العمل إلا إذا كان متبرعًا فلا يستحق الأجرة، لأنه هو الذى أسقط حقه فيها بتبرعه بالعمل بدون أجرة تقابله. والحضانة عمل من الأعمال يستحق من قام بها الأجرة عليها إلا إذا كان مستحقًا للنفقة على من وجبت عليه نفقة الصغير فلا يأخذ على الحضانة أجرا فى هذه الحالة.

فالزوجة التى تعيش مع زوجها وينفق عليها لا تستحق أجرة على قيامها بحضانة ولدها منه، وكذلك إذا طلقت منه طلاقًا رجعيًا وهى لازالت فى عدته وكذلك المعتدة من طلاق بائن بينونة صغرى أو كبرى على أصح الروايتين فى مذهب الأحناف كما بينا عند الكلام عن أجرة الرضاع وليس هناك فرق بين أجرة الرضاع وأجرة الحضانة. وهذا هو الذى يجرى عليه العمل وذلك لأن الأجرة على الحضانة ليست عوضًا خالصًا بل هى مؤنة ونفقة كأجرة الرضاع وما دامت المطلقة طلاقًا بائنًا تأخذ نفقة العدة من زوجها فهى كافية لها فلا تأخذ غيرها. لأن الزوج لا يلزمه نفقتان لزوجته فى وقت واحد وإن تعدد السبب لاستحقاق هذه النفقة.

والمرأة التى تزوجت زواجًا عرفيًا ويمتنع سماع دعواها فى اثبات الزوجية والحقوق التى تترتيب عليها ـ تستحق أجرة الحضانة لأن زوجها لا يجب عليه نفقتها قانونًا فتستحق أجرة الرضاع وأجرة الحضانة.

وإذا انقضت عدة المرأة وقامت بالحضانة لولدها استحقت الأجرة عليها، لأنها لا تأخذ من أبيه نفقة بعد انتهاء عدتها فتجب لها الأجرة، لأنها حبست نفسها لتقوم بحضانة الصغير. ومن حبس نفسه للقيام بعمل لغيره استحق الأجر الذى يقابل هذا العمل.

ويجوز للحاضنة أن تطالب بأجرة المسكن للصغير إذا لم تكن فى مسكن خاص بها ولا تجد من أوليائها من تجب عليه أجرة سكنها وعلى ذلك فتجب أجرة المسكن على من تجب عليه نفقة الصغير وان احتاجت إلى خادم يعاونها فى شئون الصغير وجبت أجرته كذلك على من تجب عليه نفقة الصغير إن كان موسراً.

ويجب على من تجب عليه نفقة الصغير بدل فرشه وغطائه ونفقة إصلاحه وعلاجه وكل ما هو لازم لتربيته.

وقت استحقاق الأجرة:

وإذا قامت بالحضانة امرأة أجنبية (غير أمه) فإنها تستحق الأجرة من وقت الاتفاق عليها، أو من وقت الحكم بها من القضاء. فإذا قامت بالحضانة قبل ذلك فلا تستحق الأجرة عليها وتعتبر متبرعة بالحضانة ولا يحق لها أن تطالب بهذه الأجرة لأنها لا تجب إلا بالعقد أو قضاء القاضى ولم يوجد شيء منهما.

وإذا قامت أم الصغير بحضانته بعد انتهاء عدتها فالرأى الراجح فى مذهب الأحناف أن الأجرة عليها تجب لها من وقت قيامها بالحضانة بالفعل ولو حصل ذلك قبل الاتفاق عليها أو قبل حكم القاضى بها وهذا الرأى هو الذى استقر عليه العمل الآن[١].

وقد كان البعض يقضى بالحكم بعدم الإستحقاق للأجرة إلا بعد الاتفاق أو حكم القضاء وحكم الأم مثل حكم غيرها[٢].

(١) حكم محكمة الإسكندرية فى ١٩٣٩/١١/١٧، وحكم محكمة بورسعيد فى ١٩٣٣/٣/١٨.

(٢) الفتاوى المهدية جـ ١ ص ٢٧١ وما بعدها.

من تجب عليه الأجرة:

ان كان للصغير مال فأجرة حضانته فى ماله عند جمهور الفقهاء، وإن لم يكن للمحضون مال فأجرة حضانته على من تجب عليه نفقته، فتكون على أبيه إذا كان موجوداً وكان قادراً على الانفاق عليه، فإن كان أبوه ميتًا أو كان حيًا ولكنه عاجز عن الانفاق عليه فإنها تجب على من يلى الأب فى الولاية على الصغير من عصبته. وإن كان الأب موجوداً ولكنه معسر فأجرة الحضانة واجبة عليه وتثبت فى ذمته ويطالب بها عند يساره.

والأجرة إذا وجبت لحضانة الصغير فلا تسقط بمضى المدة ولا تسقط بموت الصغير ولا بموت من وجبت عليه ولا بموت الحاضنة. ويجوز لورثتها أن يطالبوا بهذه الأجرة بعد وفاتها. وإنما لم تسقط لأنها أجرة فى مقابل عمل فعلاً ولا سبيل إلى سقوطها إلا بالأداء أو الإبراء.

وإذا طالبت الأم بأجرة الحضانة مع توافر الشروط فيها ووجدت امرأة أخرى متبرعة فالأم أحق بحضانة ولدها إذا كان الأب موسراً وتجب عليه نفقة الصغير وكانت المرأة الأخرى من الحاضنات، لأنها أكثر حنانًا وعطفًا عليه من المتبرعة. وما دام الأب موسراً فلا ضرر عليه فى إلزامه بالأجرة للحاضنة فإن كانت من الحاضنات وتوفرت فيها الشروط المطلوبة خيرت الأم بين القيام بالحضانة لولدها مجانًا وبين تسليمه للمرأة المتبرعة بشرط أن تكون المتبرعة موسرة وقادرة على القيام بنفقات الحضانة وأن تكون أجرة الحضانة واجبة من مال الصغير أو واجبة على أبيه ولكنه معسر فإن كانت المتبرعة معسرة لا تستطيع القيام بنفقات الحضانة فلا يحرم الطفل من أمه ولا يحق للمتبرعة أن تأخذه لأن مصلحته فى البقاء مع أمه فى هذه الحالة.

أما إذا كانت موسرة فهى أولى بحضانة الطفل من أمه لأن أجرة الحضانة إن كانت من مال المحضون فالمصلحة له فى أن يحافظ على ماله ولا يدفع منه أجرة ما دام هناك من يتبرع بذلك وإن كانت من مال أبيه وهو معسر فلا معنى للإضرار به وإلزامه بأجرة الحضانة مع وجود المتبرعة تحقيقًا لقوله تعالى: ﴿ لا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلا مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ ﴾.

وإن كانت المتبرعة ليست من أهل الحضانة قدمت الأم عليها مطلقًا أى سواء كان الأب موسرًا أو معسرًا، وسواء أكان للصغير مال أم لا، وذلك لمصلحة الصغير.

والحضانة تختلف عن الرضاع فى هذه المسألة فالمتبرعة بالرضاع تقدم على الأم مطلقًا سواء أكانت قريبة أم لا وسواء أكانت النفقة فى مال الولد أو فى مال أبيه وسواء أكان الأب موسرًا أم معسرًا وهذا إذا لم ترض الأم بالإرضاع بدون أجرة.

أما المتبرعة بالحضانة فلا تقدم على الأم إلا بالشروط السابقة.

وإذا كان الصغير لا مال له وكان أبوه معسرًا وليس هناك متبرعة بحضانته فعلى الأم أن تقوم بها ولها أجرة المثل عليها وتكون دينا فى ذمة زوجها ويجب أداؤها لها على من يلى والد المحضون فى الإنفاق عليه ثم يطالب والد الصغير بدينه عند يساره.

وإذا تبرعت حاضنة بعيدة مع وجود حاضنة قريبة غير الأم وتمسكت القريبة بحقها فى الحضانة وطالبت بالأجرة مع وجود المتبرعة فالحكم فيها كالحكم فى المسألة السابقة.

* * *

الباب الرابع
في الولاية

الولاية هي سلطة شرعية يترتب عليها نفاذ التصرفات شرعًا، وهذه السلطة قد تكون على نفس الصغير فتسمى ولاية على النفس، وقد تكون على مال الصغير فتسمى الولاية على المال.

والولاية على النفس تكون بالقدرة على التصرفات التي تتعلق بالنفس كالصيانة والحفظ والتعليم والتزويج، والولاية على المال تكون بالقدرة على التصرفات التي تتعلق بالمال كالبيع والإجارة والرهن وغيرها من التصرفات المالية.

الولاية على النفس

الطفل منذ ولادته حتى بلوغه السن المقررة للضم ذكرًا كان أم أنثى يكون في حضانة الأم أو في حضانة من يليها من النساء لأن الطفل في هذه المرحلة يكون في حاجة إلى رعاية خاصة والنساء أولى من غيرهن بذلك. ثم بعد ذلك تنتقل الولاية إلى الرجال لتبدأ مرحلة جديدة في حياة الطفل والرجال أقدر من النساء على ذلك إكمالا لتربية الطفل والمحافظة عليه حتى تزويجه.

أصحاب الحق في الولاية على النفس

تثبت الولاية على لنفس طبقًا للمعمول به في المذهب الحنفي للعصبة من الذكور وهم أربع جهات:

الجهة الأولى جهة البنوة، والجهة الثانية جهة الأبوة والجهة الثالثة جهة الأخوة، والجهة الرابعة جهة العمومة.

فإن كان الولي العاصب واحدًا فقط فتكون الولاية له وحده من غير شريك له في ذلك وإن تعدد الأولياء كانت الولاية لأقربهم جهة فإن وجد الابن والأب قدم الابن على الأب وان وجد الأب والأخ قدم الأب وان وجد الأخ والعم قدم الأخ على العم، وإذا تعدد

الأولياء وكانت الجهة واحدة قدم الأقرب منهم فى الدرجة فالابن أولى من ابن الابن والأب أولى من الجد والأخ لأب أولى من ابن الأخ الشقيق وهكذا، فإن اتحد الأولياء فى الدرجة مع إتحادهم فى جهة القرابة قدم الأقوى منهم قرابة إلى الصغير فيقدم الأخ الشقيق على الأخ لأب ويقدم العم الشقيق على العم لأب وهكذا، فإذا اتحد الأولياء فى الدرجة وجهة القرابة وقوتها كانت الولاية لهم جميعًا ويحكم القاضى بضم الطفل للأصلح منهم حسبما يرى. ويراعى أن الولاية على النفس تثبت للعاصب الذكر والعاصب قد يكون محرمًا للصغير سواء أكان ذكرًا أم أنثى، أما إذا كان العاصب ذكرا غير محرم للصغير فلا تثبت ولايته إلا على الذكور فقط دون الاناث وذلك كأن يكون الولى ابن عم الفتاة فلا تثبت له الولاية عليها إلا عند الضرورة وبشرط أن يكون مأمونًا عليها وللقاضى فى هذه الحالة أن يأمر ببقائها مع حاضنتها من النساء أو يختار لها رجلا أمينا يضعها عنده.

سلطات الولى على النفس

للولى على النفس سلطة التأديب والتوجيه والتعليم وسائر الأمور المتعلقة بشخص القاصر إذا كان ذكرًا أما إذا كان المولى عليه أنثى فيجب على الولى حمايتها وصيانتها بما يعود عليها بالنفع وله أن يسلمها إلى امرأة تعلمها ما يلزمها من شئون المنزل وتدبيره إذا كانت أمها لا تستطيع تعليمها.

الشروط التى يجب توافرها فى الولى على النفس:

يشترط فى الولى العاصب الذى له الحق فى ضم الصغير إليه الشروط الآتية:

١ ـ البلوغ.

٢ ـ العقل.

٣ ـ القدرة على القيام بشئون الصغير.

٤ ـ أن يتحد فى الدين مع من يولى عليه.

٥ ـ أن يكون أمينًا على القاصر. فالفاسق الماجن الذى لا يبالى بما يعمل لا تثبت له الولاية لأنه يخشى على الصغير أن يتخلق بأخلاقه[1].

(١) حكم محكمة المنيا فى ١٩/ ٥/ ١٩٥٤ مجلة المحاماة الشرعية س: ٤ ص ٦٣٩.

ومما يجب التنبيه إليه أن الولاية لا تثبت لمن يقوم بإيذاء الصغير دون سبب يدعو إلى ذلك كالتعليم والتأديب وذلك كمن يضرب الطفل ضربًا مبرحًا وقاسيًا، ولا لمن يهمل فى علاجه إذا مرض مع القدرة على العلاج، ولا لمن يحرمه من التعليم مع القدرة على ذلك لأنه لا يكون مأمونًا عليه فلا يكون أهلاً للولاية وتنتقل الولاية فى هذه الحالة إلى الذى يليه فإذا لم يكن هناك أحد من العصبات موجودا فعلى القاضى أن يختار رجلاً أمينًا يوليه هذا الأمر حتى يحصل الصغير على حقه فى التربية والحفظ والصيانة.

سلب الولاية على النفس:

إذا توافرت الشروط السابقة فى القريب العاصب كان أهلا للولاية على النفس وجديراً بها، أما إذا فقدت أو فقد شرط منها فإنه لا يكون أهلا للولاية وتسلب منه وينزع الصغير منه ويسلم إلى من يليه من الأقرباء فإن لم يكن فللقاضى أن يختار رجلاً أمينًا يودع الصغير تحت رعايته.

أحوال سلب الولاية على النفس
فى القانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢

كان العمل يسير على سلب الولاية على النفس عند فقد شرط من الشروط السابقة إلى أن صدر القانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢ فزادت حالات سلب الولاية حيث قرر القانون المذكور أن الولاية قد تسلب سلبًا حتميًا وجوبيًا، وقد تسلب سلبًا جوازيًا.

أولاً: حالات سلب الولاية وجوبيًا:

تسلب الولاية على النفس سلبًا وجوبيًا ويسقط كل ما يترتب عليها من حقوق فى الحالات الآتية:

١ ـ إذا حكم على الولى فى جريمة اغتصاب أو هتك عرض أو حكم عليه فى جريمة من الجرائم التى نص عليها القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥٢ بشأن مكافحة الدعارة إذا وقعت الجريمة على أحد ممن تشملهم ولايته.

٢ ـ إذا حكم على الولى فى جناية وقعت على نفس أحد ممن تشملهم الولاية أو يحكم عليه بجناية وقعت من أحد هؤلاء.

٣ ـ إذا حكم عليه أكثر من مرة فى هذه الجرائم الخلقية وهى الجرائم التى نص عليها فى قانون مكافحة الدعارة إذا لم تكن جريمة التحريض على الدعارة على من هو فى ولايته.

والولاية على النفس تسلب فى هذه الحالات المذكورة لأن الشخص فيها يكون غير أهل لها ومادام كذلك فتسقط ولايته عن جميع الأشخاص الذين يكونون تحت ولايته. ويستثنى من ذلك ما إذا كان تحت ولايته صغار من فروعه غير من حكم عليه بسببهم فإن ولايته لا تسلب بالنسبة لفروعه كما سلبت بالنسبة لغير فروعه وذلك لأن شفقته بفروعه أكثر من شفقته بغيرهم. فإذا سلبت ولايته عن غير فروعه فلا تسلب عن فروعه. هذا فى غالب الأحوال فإن كان الحكم عليه بسبب قسوته الشديدة على المولى عليه أو بسبب انعدام رعايته مما يقتضى عدم صلاحيته للولاية حتى على فروعه فيجوز للمحكمة أن تسلب ولايته على فروعه كغيرهم.

ثانيًا: حالات سلب الولاية جوازيًا:

أما الأحوال التى تسلب فيها الولاية على النفس سلبا جوازيا فهى:

١ ـ إذا حكم على الولى بالأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة. وذلك لأنه لم يتمكن من الاشراف على من يكون تحت ولايته وهو سجين وبعيد عنه فلا تتحقق مصالح الصغير فتسلب الولاية وتنتقل للغير ممن يليه.

٢ ـ إذا حكم على الولى فى جريمة اغتصاب أو هتك عرض أو حكم عليه بسبب جريمة من الجرائم المنصوص عليها فى قانون مكافحة الدعارة وكان هذا الحكم لأول مرة والجريمة على غير من هو فى ولايته.

٣ ـ إذا حكم على الولى أكثر من مرة لجريمة تعريض الأطفال للخطر أو للحبس بغير وجه حق أو الاعتداء الجسيم على الصغير متى وقعت الجريمة فى كل ذلك على أحد الأشخاص الذين هم تحت ولايته.

٤ ـ إذا حكم بإيداع المشمولين بولاية الولى فى دار من دور الإصلاح فإن ذلك يعتبر دليلاً على أنه لا يحسن الإشراف على من يكون فى ولايته.

٥ ـ إذا عرض الولى للخطر صحة أحد من الأشخاص الذين هم تحت ولايته أو سلامته أو أخلاقه أو تربيته بسبب سوء المعاملة أو سوء القدوة نتيجة الإشتهار بفساد السيرة أو الادمان على الشراب أو المخدرات أو بسبب عدم العناية أو بسبب التوجيه السيء. ولا يشترط فى هذه الحالة أن يصدر ضد الولى حكم جنائى بسبب تلك الأفعال. وفى كل من الحالتين الرابعة والخامسة يجوز للمحكمة أن تعهد إلى وزارة الشئون الاجتماعية بالإشراف على الصغير من تربية وتعليم بدلاً من الحكم بإسقاط الولاية أو الحد منها، فإن أدى اشراف الوزارة إلى مصلحة الصغير اكتفى به، وإذا لم يؤدِ الإشراف إلى المصلحة بسبب يرجع إلى الولى فيجوز أن يرفع الأمر للمحكمة للنظر فى سلب ولايته أو وقفها.

وتنتقل الولاية إلى غير من سلبت منه على الترتيب الذى أوضحناه فيما سبق، فإذا امتنع من له الحق فيها أو لم تتوفر فيه أسباب الصلاحية لها أو لم يكن للصغير قريب أصلاً جاز للمحكمة أن تدفع بالصغير إلى شخص معروف بحسن الأخلاق وصالح للقيام بشئون الصغير ولو كان أجنبيًا ويجوز لها أيضًا أن تعهد بالصغير لإحدى المؤسسات الاجتماعية المنشأة لهذا الغرض. وإذا حكمت المحكمة بالحد من الولاية عهدت بمباشرة الحقوق التى حرم منها الولى إلى أحد الأقارب أو أحد الأجانب أو إحدى المؤسسات الاجتماعية على حسب ما تقتضيه مصلحة الصغير، ويجوز للذين سلبت ولايتهم بسبب جناياتهم على الصغير أو بسبب تكرار الحكم عليهم فى جرائم الدعارة أن يطالبوا بإعادة ولايتهم إذا رد إليهم اعتبارهم، وكذلك يجوز لمن سلبت ولايتهم بسبب إهمالهم لشئون الصغير أو بسبب سوء أخلاقهم أن يطالبوا بإعادة ولايتهم بعد مرور ثلاث سنوات من سلب ولايتهم(١).

انتهاء الولاية على النفس

تنتهى الولاية على النفس ببلوغ الصبى خمس عشرة سنة أو بظهور علامة من علامات البلوغ الطبيعية فإذا بلغ الغلام هذه السن أو ظهرت عليه علامة من علامات البلوغ الطبيعية وكان الغلام عاقلا مأمونا على نفسه انتهت هذه المرحلة وكان بالخيار إما أن يقيم مع وليه أو

(١) حقوق الأولاد والأقارب للدكتور محمد الحسينى حنفى ص ٢٥٧ وما بعدها.

ينفرد وحده فى السكنى. أما إذا بلغ هذه السن ولم يكن عاقلاً مأمونًا على نفسه فلا تنتهى هذه المرحلة بل يبقى عند من له حق إمساكه إلى أن يصير مأمونًا على نفسه. وتنتهى هذه المرحلة فى حق الأنثى بزواجها فإن تزوجت صار حق إمساكها لزوجها وإن لم تتزوج بقى هذا الحق إلى أن تصير مسنة مأمونة على نفسها فحينئذ يكون لها أن تنفرد بالسكنى أو تقيم مع أمها[١]. ولم يحدد علماء الحنفية هذه السن والذى يظهر من كلامهم ومن اللغة أن المرأة تكون مسنة إذا صارت عجوزاً لا يرغب فيها الرجال فإذا وصلت إلى هذه السن وكانت معروفة بالرأى والعفة لا يجوز لأحد أن يجبرها على الإقامة معه. ويجرى العمل فى القضاء على أن الانثى إذا بلغت سن الرشد وكانت مأمونة على نفسها ولا يخشى عليها الفتنة جاز لها الإنفراد بالسكنى عن ولى النفس متى كان ذلك فى مصلحتها سواء أكانت بكرا أم ثيبا. فقد حكمت محكمة إمبابة فى حكمها الصادر فى ٢٧/ ٥/ ١٩٥١ برفض دعوى رفعها أخ يطلب فيها ضم أخته الطالبة بكلية الآداب والتى تبلغ من العمر ثمانية عشر عاما وتقيم مع خالتها التى كانت متزوجة بأبيها ووصية على أخيها الذى يطلب ضمها إليه بدعوى أنه أمين عليها وهى غير مأمونة على نفسها ويخشى عليها وجاء فى حيثيات الحكم أن المحكمة الحسبية أذنت لهذه الفتاة بتسلمها أموالها للتصرف فيها لأنها قد بلغت من سعة الفكر وقوة الحجة ما جعل المحكمة تطمئن إليها فى تسليم أموالها تديرها بنفسها وقد نالت قسطًا وافراً من التعليم وعرفت الفضيلة والرذيلة وإن لم تكن قد تجاوزت مرحلة الشباب بعد بحيث يصدق عليها قول الفقهاء أنها اجتمع لها رأى وعفة. الأمر الذى يثبت للمحكمة أن الدعوى كيدية جديرة بالرفض[٢].

كما قضت محكمة السيدة فى حكم لها بتاريخ ١٧/ ٥/ ١٩٥٤ برفض دعوى رفعها أخ يطلب فيها ضم أخته الشقيقة إليه وكانت سنها خمسًا وثلاثين سنة وجاء فى حيثيات الحكم أنه تبين من مشاهدة المدعى عليها أنها ليست وسيمة ودخلت فى السن وتستطيع أن تدبر أمرها ولا يخشى عليها وقد اعترف المدعى أنها تقيم بعيدا عنه منذ سنة ولم يتقدم لضمها إلا بعد أن طالبته بنفقة مما دل على أن الدعوى كيدية ويتعين رفضها[٣].

* * *

(١) مجلة الم ناماة الشرعية س: ٢٤ ص ٩٨٥.
(٢) الأحكام الشرعية للدكتور زكى الدين شعبان ص ٦٤٧ وما بعدها.
(١) مجلة المحاماة الشرعية س ٢٥ ص ١١٢.

الباب الخامس
فى نفقة الأولاد والأقارب

المراد بالنفقة ما يحتاج إليه الإنسان من طعام وكسوة وسكنى وخدمة وكل ما يلزم بحسب العرف، والقرابة سبب لوجوب نفقة القريب على قريبه. والقرابة التى تجب بسببها النفقة نوعان: قرابة الولادة وهى قرابة الأصول والفروع، والأصول هم الآباء والأمهات والأجداد والجدات وإن علوا، والفروع هم الأولاد وأولاد الأولاد وإن نزلوا.

وقرابة غير الولادة، والمراد بها عند الحنفية القرابة المحرمة للزواج، وتتناول ذوى الرحم المحرم، ويقال لهم الحواشى، وهم الأخوة والأخوات وأولادهم والأعمام والعمات والأخوال والخالات.

أهم المبادىء التى يقوم عليها نظام النفقة على الأقارب فى الفقه الإسلامى:

١ ـ الأصل أن نفقة الإنسان تجب فى ماله صغيراً أو كبيراً، فمن كان له مال فلا يجب على أحد أن ينفق عليه، لأن النفقة إنما تجب للحاجة، ومن كان له مال لا يحتاج إلى من ينفق عليه، ويستثنى من ذلك الزوجة فإن نفقتها تجب على الزوج ولو كانت موسرة، لأن النفقة لها لم تجب للحاجة وإنما وجبت لاحتباسها لحق الزوج فمتى كانت محتبسة لحقه وجبت لها النفقة عليه ولو كانت لها ثروة طائلة.

٢ ـ إن الأب لا يشاركه أحد فى نفقة أولاده، لأن الأولاد جزء منه، فالإنفاق عليهم كالانفاق على نفسه، وإحياؤهم كإحياء نفسه، ولأن الشرع أوجب النفقة على الأب لانتساب الولد إليه. ولما لم يشاركه أحد فى هذه النسبة فلا يشاركه أحد فيما ينبنى عليها وهو النفقة، لأن من له غنم النسب يكون عليه غرم النفقة.

٣ ـ أن الأولاد لا يشاركهم أحد فى نفقة آبائهم، وتجب عليهم هذه النفقة بالتساوى من غير تفرقة بين الذكر والانثى وبين الوارث وغير الوارث لأن سبب وجوب النفقة عليهم الجزئية أى كون الولد جزءاً من أصله، والأولاد متساوون فى هذه الجزئية فيتساوون فيما

ينبنى عليها وهو النفقة. وهذا على الرواية الظاهرة فى مذهب الحنفية وعليها الفتوى[١] وروى الحسن عن أبى حنيفة أن نفقة الوالد تجب على أولاده بمقدار الميراث فيجب على الذكر ضعف ما يجب على الأنثى قياسًا للنفقة على الميراث، وقياسًا لنفقة الأصول على نفقة غيرهم من الأقارب[٢] وبهذا قال بعض الفقهاء من غير الحنفية، وهذا القول فى نظرى هو المعقول وهو الذى يتفق مع المقرر فى الشريعة من أن الغرم بالغنم فالذى يغنم من الأصل إذا مات عن تركة يجب عليه أن يغرم بقدر ميراثه منه وينفق مع قوله جل شأنه: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ فإنه جعل وجوب النفقة مرتبطًا بالميراث فيكون تقديرها تابعًا لمقداره، فرن زاد المقدار المستحق بالميراث زاد المقدار الواجب عليه فى النفقة، وإن نقص وجب عليه بمقداره.

٤ ـ أن الفقهاء يتفقون على مبدأ وجوب النفقة للقريب على قريبه ولكنهم يختلفون فى تحديد القرابة الموجبة للإنفاق على أقوال أربعة:

القول الأول: أن القرابة الموجبة للنفقة على قرابة الولادة المباشرة فقط فتجب النفقة للأب والأم على الولد ذكرًا كان أو أنثى، وتجب النفقة على الأب لولده ذكرًا كان أو أنثى ولا تجب على الأم نفقة ولدها، ولا تجب لغير هؤلاء الأقارب نفقة على أحد من أقاربهم.

وهذا مذهب المالكية وهو أضيق المذاهب فى تحديد القرابة الموجبة للنفقة، وحجتهم فى ذلك قول الله تعالى: ﴿وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا﴾ وقوله جل شأنه: ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾ وقول الرسول ﷺ لمن جاء يشكو إليه والده لأنه أخذ شيئًا من ماله: «أنت ومالك لأبيك» وقوله ﷺ: «أن أطيب ما أكلتم من كسبكم، وأن أولادكم من كسبكم فكلوه هنيئًا مريئًا» فإنها تدل على وجوب نفقة الوالدين على ولدهما، والدليل على وجوب نفقة الولد على أبيه قول الله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾[٣] وقوله سبحانه: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ وقول الرسول ﷺ لهند زوجة أبى سفيان: «خذى من ماله ما يكفيك وولدك بالمعروف» فإن هذه النصوص تدل دلالة ظاهرة على وجوب نفقة الولد على أبيه، وحيث أن هذه النصوص قد دلت على وجوب النفقة على الأب وعلى الأولاد فقط

(١) حاشية ابن عابدين جـ ٢ ص ٦٩٦.

(٢) المبسوط للسرخسى جـ ٥ ص ٢٢٢.

(٣) البقرة: ٢٣٣.

فيقتصر فيها على مورد النص، وغير هؤلاء من الأقارب ليسوا فى قوة قرابة من ذكرهم النص حتى تثبت لهم النفقة بالقياس عليهم[١].

القول الثانى: أن القرابة الموجبة للنفقة هى قرابة الولادة مطلقًا المباشرة وغير المباشرة. فتجب النفقة على الأصول لفروعهم وعلى الفروع لأصولهم من غير تقيد بدرجة، لأن الأجداد آباء وأولاد الأولاد أولاد فيدخلون فى عموم النصوص التى تدل على وجوب نفقة الآباء والأولاد، وهى النصوص التى تقدم ذكرها فى مذهب المالكية. وهذا مذهب الشافعية، وهو أوسع من مذهب المالكية[٢].

القول الثالث: أن القرابة الموجبة للنفقة هى القرابة المحرمة للزواج، فتجب النفقة على كل قريب لقريبه إذا كانت القرابة بينهما تحرم على الرجل الزواج بالأنثى، وعلى هذا القول تجب النفقة لسائر الأقارب إذا كانوا من المحارم أما القريب غير المحرم فلا تجب النفقة عليه. وهذا مذهب الحنفية، وهو أوسع من مذهب الشافعية. وحجتهم فى ذلك قول الله تعالى: ﴿ وَاعْبُدُوا اللَّهَ وَلَا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَبِذِي الْقُرْبَىٰ﴾[٣] وقوله تعالى: ﴿وَآتِ ذَا الْقُرْبَىٰ حَقَّهُ﴾ وما روى أن معاوية بن حيدة القشيرى قال يا رسول الله من أبر؟ قال أمك قلت: ثم من؟ قال: أمك. قلت: ثم من؟ قال: أمك. قلت: ثم من؟ قال: أباك ثم الأقرب فالأقرب» فإنه سبحانه جعل لذوى القربى حقًا وأمر بإعطائه، وجعله يلى حق الوالدين فيدل ذلك على وجوب النفقة للاقارب ولو لم تكن قرابتهم قرابة ولادة.

واستدل الحنفية على تقييد القرابة بالمحرمية بما روى عن عبد الله ابن مسعود أنه كان يقرأ قول الله تعالى: **﴿وعلى الوارث ذى الرحم المحرم مثل ذلك﴾** بزيادة: «ذى الرحم المحرم» وهى قراءة وردت على سبيل البيان للقراءة المتواترة، وقد رويت بطريق الشهرة فتصلح أن تكون مقيدة للنص.

والقول الرابع: أن القرابة الموجبة للنفقة هى القرابة التى يكون فيها القريب وارثا لقريبه المحتاج بالفرض أو التعصيب، فتجب النفقة على الأصول لفروعهم، وعلى الفروع

---

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى جـ ٢ ص ٥٢٢، ٥٢٤، الخرشى جـ ٤ ص ٢٠٢، ٢٠٤.

(٢) نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٢٠٧.

(٣) النساء: ٣٦.

لأصولهم، كما تجب على سائر الأقارب سواء كانوا محارم أم غير محارم متى كانوا وارثين بالفرض أو التعصيب كالأخوة والأعمام وأبنائهم.

وهذا مذهب الحنابلة وهو أوسع من مذهب الحنفية، لأنه لم يشترط المحرمية لوجوب النفقة للقريب كما اشترط الحنفية، ولهذا كان لابن العم النفقة على ابن عمه عند الحنابلة، لأنه وارث ولا تجب عند الحنفية لأنه غير محرم.

وحجة الحنابلة فى ذلك قول الله تعالى: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ فإنه سبحانه علق وجوب النفقة بالوارث بلا فرق بين المحرم وغير المحرم فعلم من هذا أن القرابة الموجبة للنفقة هى ما كان فيها القريب وارثًا للقريب المحتاج إن ترك مالاً، ولأن القريب الوارث لما كان أحق بمال المورث من غيره كان من العدل أن يختص بوجوب نفقته عليه دون قريبه غير الوارث[1].

هذه هى آراء الفقهاء فى القرابة الموجبة للنفقة، والمعمول به إلى الآن هو مذهب الحنفية الذى يقول بوجوبها للأصول والفروع ولكل ذى رحم محرم ويقال لهم الحواشى.

٥ ـ أن نفقة الأقارب تجب بقدر الكفاية، لأن نفقتهم لدفع الحاجة والحاجة تندفع بالكفاية، وكذلك نفقة الأولاد على الآباء تجب بقدر الكفاية إلا إذا كان الأب موسراً فإن نفقة الأولاد لا تجب عليه بقدر الكفاية بل على حسب ما يراه القاضى.

٦ ـ نفقة الأصول والفروع تجب من وقت ثبوت الحاجة من غير توقف على قضاء القاضى، أما نفقة غيرهم من الأقارب فلا تجب إلا بقضاء القاضى. وعلى هذا لو كان لشخص مال من جنس النفقة كان لأبيه أو لابنه المستحق للنفقة أن يأخذ منه ما يحتاج إليه فى نفقته بالمعروف بدون توقف على رفع الأمر إلى القاضى، ولا يكون لأخيه المستحق للنفقة أن يأخذ من هذا المال شيئًا إلا برضاه أو قضاء القاضى.

والسر فى ذلك أن نفقة الأصول والفروع تجب باتفاق الفقهاء فلا تحتاج فى وجوبها إلى القاضى، أما نفقة غيرهم من الأقارب فإن وجوبها محل خلاف بين الفقهاء فيحتاج ثبوته إلى ما يقويه وهو قضاء القاضى.

(١) المغنى والشرح الكبير جـ ٩ ص ٢٥٨ ـ ٢٦٠.

٧ ـ نفقة الأصول والفروع وسائر الأقارب تسقط بمضى المدة إلا إذا كانت مستدانة بإذن من وجبت عليه النفقة أو بإذن القاضى، فإذا فرض القاضى للقريب نفقة على قريبه ومضت مدة شهر فأكثر، ولم يأخذ نفقته المفروضة له على قريبه فليس له أن يطالب بها إلا إذا كان المحكوم له مأذونًا بالاستدانة، واستدان النفقة بالفعل، لأن نفقة القريب وجبت لدفع الحاجة فإذا مضت هذه المدة ولم يقبضها دل على أنه غير محتاج إليها فى تلك المدة، وإذا كانت المدة التى مضت بدون أن يأخذ القريب نفقته المفروضة له أقل من شهر فلا تسقط النفقة فيها، إذ لابد من مضى مثل هذه المدة حتى يتمكن من المطالبة بالنفقة[١].

وقد استثنى بعض الفقهاء[٢] من ذلك نفقة الصغير فقالوا: أنها لا تسقط بمضى شهر أو أكثر بعد الحكم بها، وتكون دينًا فى ذمة المحكوم عليه، وعللوا ذلك بعجز الصغير والرأفة به، وعلى هذا الرأى تسير محاكم الأحوال الشخصية حيث قضت محكمة دشنا فى ١٩٣٤/١/٢٠ «بأن نفقة الصغير بعد فرضها بالقضاء أو الرضا كنفقة الزوجة ليس لمضى المدة تأثير فى سقوطها»[٣].

٨ ـ إذا امتنع من وجبت عليه النفقة عن الانفاق على قريبه المستحق لها وأصر على الامتناع مع قدرته فإنه يحبس ولو كان أبًا، لأن فى النفقة حياة الإنسان، وفى الامتناع عنها تعرض النفس للتلف والضياع[٤].

٩ ـ إذا لم يكن للفقير المستحق للنفقة أحد من أقاربه يستطيع الإنفاق عليه فإن نفقته تكون واجبة فى بيت المال «خزينة الحكومة» لأن من وظائف بيت المال فى النظام الإسلامى أن يتحمل حاجة المحتاجين ويقوم بقضاء حاجاتهم والإنفاق عليهم، ويقول الكاسانى فى البدائع فى بيان ما يوضع فى بيت المال من الأموال وبيان مصارفها[٥]. وأما النوع الرابع فيصرف إلى دواء الفقراء والمرضي وعلاجهم وإلى أكفان الموتى الذين لا مال لهم وإلى نفقة

---

(١) حكم محكمة الضواحى فى ١٩٣٩/٣/٥ مجلة المحاماة الشرعية س ١١ ص ٥٤.
(٢) تبيين الحقائق للزيلعى جـ ٣، ص ٢٥، البحر الرائق جـ ٣ ص ١٠١.
(٣) مجلة المحاماة الشرعية س ٦ ص ٧٦٨.
(٤) المبسوط جـ ٥ ص ٢٢٤، حاشية ابن عابدين جـ ٢ ص ٦٨٩.
(٥) جـ ٤ ص، ٦٩.

اللقيط وعقل جنايته، وإلى من هو عاجز عن الكسب وليس له من تجب نفقته، ونحو ذلك،وعلى الإمام صرف هذه الحقوق إلى مستحقيها».

والأحكام التفصيلية لمن يجب لهم نفقة من الأقارب، وهم الفروع، والأصول، والحواشى، كما يلى:

أولاً: نفقة الفروع:

المقصود بالفروع هم أولاد الشخص وأولاد أولاده وان نزلوا سواء كانوا ذكورًا أم اناثًا وسموا بالفروع لأنهم تفرعوا من الأب فهو الذى تسبب فى إيجادهم فى الحياة وهم جزء منه ولا شك أن بينهما قرابة قوية سببها هذه الجزئية التى تجمع بينهما.

والدليل على وجوب النفقة لهم قوله تعالى: ﴿**وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ**﴾ فقد عبر سبحانه فى الآية الكريمة عن الأزواج بالمولود له للتنبيه على علة الإيجاب وأنها الولادة، فإذا وجبت نفقة الأمهات على الأزواج بسبب الولد كان وجوب نفقة الولد ثابتًا بالطريق الأولى، وكذلك قول الرسول ﷺ لهند زوجة أبى سفيان: «خذى من ماله ما يكفيك وولدك بالمعروف» فإنه يدل على وجوب نفقة الولد على أبيه كما يدل على وجوب نفقة الزوجة على زوجها.

شروط وجوب نفقة الفروع على الأصول:

نفقة الفروع لا تجب على الأصول إلا إذا تحققت الشروط الآتية:

الشرط الأول: أن يكون الفرع فقيرًا لا مال له لأن الأصل أن نفقة الإنسان على نفسه، فإن كان له مال يكفى لنفقته فلا تجب نفقته على غيره، فإن كان للصغير مال فنفقته فى ماله هو حتى ولو كان أبوه غنيًا. فإن كان مال الصغير غير حاضر معه كما إذا ورث مالاً ولم يتسلمه فيجب على الأب أن ينفق عليه حتى يتسلم ماله، وله أن يرجع عليه بما أنفق إذا كان الإنفاق بإذن من القاضى أو كان الأب قد أشهد عند الإنفاق أنه سيرجع عليه بما ينفقه. والفقر الموجب للنفقة أن يكون الشخص محتاجًا لا يجد ما ينفق منه على نفسه.

الشرط الثانى: أن يكون الفرع عاجزًا عن الكسب. والعاجز عن الكسب هو من لا يستطيع اكتساب معيشته بالوسائل العادية المشروعة، فلو كان قادرًا على الكسب لا تجب له

النفقة حتى ولو لم يكن عنده مال لأنه ان كان قادراً على الكسب كان غنيًا بهذه القدرة إذ يستطيع بها أن يتكسب وينفق على نفسه ولا يكون فى حالة ضرورة يتعرض فيها للهلاك إن لم ينفق عليه قريبه ويعتبر الإنسان عاجزاً عن الكسب فى الحالات الآتية:

١ ـ الصغر:

والمراد به ألا يكون الشخص قادراً على الكسب لعدم تحمله ذلك فإن كان الولد بالغًا حد الكسب وكان غلامًا فللأب أن يؤجره أو يعطيه لمن يعلمه حرفة يتكسب منها وينفق عليه من كسبه وإن كان أنثى فلا يجوز له أن يؤجرها للخدمة صيانة لها ويجوز له أن يدفع بها إلى امرأة تعلمها حرفة تتكسب بها كالتطريز والحياكة.

٢ ـ الأنوثة:

لأن الأصل فى الأنثى عدم التعرض لعناء العمل ولكن لو كانت الأنثى تكتسب بالفعل من وظيفة أو حرفة فإن نفقتها تكون من كسبها فإذا كان كسبها من عملها لا يكفيها فعلى الأب إكمال نفقتها حتى تتزوج ليتولى الزوج الإنفاق عليها، فإن طلقت عادت نفقتها على الأب إن احتاجت إلى النفقة.

٣ ـ المرض:

إذا كان الفرع مريضًا بمرض يمنعه من العمل كالجنون أو الشلل ونحو ذلك فيجب على أبيه أن ينفق عليه، فإن كان المرض لا يمنع من العمل فنفقته على نفسه، فإن حصل من عمله على ما يكفيه فقد اندفعت حاجته، وإن حصل على بعض حاجته فقط فعلى أبيه أن يقوم بإكمال نفقته.

٤ ـ طلب العلم:

إذا كان الفرع يدرس فى مراحل التعليم المختلفة وشغله ذلك عن الكسب فإن نفقته على أبيه حتى ولو كان قادراً على العمل، وذلك ليتفرغ لتحصيل العلوم والمعارف التى تعود على وطنه وعليه بالرفعة والتقدم ولأنه لو ألزم طالب العلم بالعمل ليتكسب لأدى ذلك إلى ترك العلم وتكون نتيجته تأخر الأمة ولاصطدم ذلك مع قوله ﷺ: «طلب العلم فريضة على كل مسلم ومسلمة». ويراعى أن الإنفاق على طالب العلم مشروط بأن يكون مجداً

ومجتهدًا فى دراسته فإن كان مهملاً فاشلاً فلا نفقة له على أبيه، ومن الخير له أن يتجه وجهة أخرى غير التعلم حتى يستطيع الإنفاق على نفسه ولا يكون عالة على غيره، وهذا ما يسير عليه القضاء[1].

الشرط الثالث: أن يكون الأصل قادرًا على الإنفاق إما لغناه أو لقدرته على العمل فإذا كان الأب غنيًا أو قادرًا على العمل وجبت عليه نفقة أولاده، أما إذا كان فقيرًا أو عاجزًا عن الكسب فلا تجب عليه نفقة الفروع لأنه كالمعدوم. فإذا كان الأب قادرًا على الكسب ولكنه كسول لا يعمل أجبر على العمل بواسطة القضاء لأن تركه بدون عمل مع قدرته على ذلك فيه تضييع لمن يعول وهذا أمر منهى عنه. وإذا امتنع عن العمل مع القدرة عليه جاز للقاضى أن يحكم بحبسه إذا كان من شأن ذلك أن يؤدى إلى القيام بالواجبات الملقاة على عاتقه.

اتحاد الدِّين ليس شرطًا لوجوب نفقة الأولاد

نفقة الأولاد واجبة على الأب دون نظر إلى اتحاد الدين وعدمه لأن اتحاد الدين ليس شرطا لإيجاب النفقة فالولد جزء من الأب فلا يعول على اتحاد الدين بينهما لقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾، فهذا دليل على أن الولادة سبب لايجاب نفقة الأولاد على أبيهم وهى ثابتة سوء كان الدين متحدًا أم مختلفًا لأن الفرع جزء من الأصل وجزء الإنسان فى معنى نفسه، فكما لا تمتنع النفقة على نفسه بالكفر فكذلك لا تمتنع النفقة على جزئه لأن فى الإنفاق عليهم احياء لنفس آدمية وصون لها من الهلاك دون نظر إلى دينها وعقيدتها. وبناء على ذلك فتجب نفقة الابن المسلم على أبيه الكافر وبالعكس.

من تجب عليهم نفقة الفروع وترتيبهم

وأول من تجب عليه نفقة الفروع الأب لا يشاركه فيها أحد سواه إذا كان موسرًا أو قادرًا على الكسب، هذا إذا كان الأب موجودًا، فإن كان الأب غير موجود أو كان موجودًا ولكنه معسر وغير قادر على الكسب لعجزه أو مرضه، فإن نفقة فروعه تكون واجبة على

(١) حكم محكمة السويس فى ٢٧/ ٢/ ١٩٣٨ س: ٩ ص ٨٣٩.

من يوجد من الأصول غيره ذكرًا كان أو أنثى. وفى هذه الحالة يرجع من أنفق على الأب عند يساره. وقد يكون الموجود من الأصول غير الأب واحدًا فقط كالجد وحده أو كالأم وحدها فتجب نفقة الفرع عليه وحده إذا توافرت شروط وجوبها. وإن كان الموجود من الأصول متعددًا فقد يكون الكل وارثًا وقد يكون الكل غير وارث. وقد يكون البعض وارثًا والبعض غير وارث وذلك على التفصيل الآتى:

١ ـ إذا كان الموجود من الأصول وارثًا لهذا الفرع كانت النفقة موزعة عليهم بمقدار نصيبهم فى الميراث دون نظر إلى تساويهم فى القرابة أو اختلافهم فى درجة القرابة بالنسبة للفرع الذى وجبت نفقته فلو كان للفرع جد صحيح وجدة لأم وجب على الجدة لأم سدس النفقة لأنها ترثه بمقدار السدس ووجب على الجد باقى النفقة لأنه عصبة لهذا الفرع وهو يرث باقى التركة بعد الجدة فى الصورة التى معنا.

ولو كان الوجود من الأصول جدًا لأبى الفرع وجدة الفرع نفسه من ناحية أمه أى أم أمه. كانت النفقة واجبة على الجدة بمقدار السدس نصيبها فى الميراث وعلى الجد بمقدار ٦/٥ النفقة الجزء الباقى منها بعد نصيب الجدة ولا عبرة هنا بقرب الدرجة فالجدة أقرب فى الدرجة للفرع من الجد.

٢ ـ إذا كان الموجود من الأصول غير وارث فإما أن يتساووا فى درجة القرابة وإما أن يختلفوا فيها فإن تساووا فى درجة القرابة مثل أبى أبى الأم وأم أبى الأم كانت النفقة بينهما بالتساوى فيدفع جد الأم نصفها وجدة الأم النصف الآخر وإن كان الاختلاف فى درجة القرابة موجودًا قدم الأقرب فى الدرجة وذلك كأن يكون الموجود من الأصول أبًا لأم الفرع وأبا لأم أم الفرع فتكون النفقة على أبى الأم وحده دون أبى أم الأم.

٣ ـ إذا كان الموجود من الأصول يرث بعضهم ولا يرث البعض الآخر فتكون النفقة واجبة على الأقرب منهم للفرع المستحق للنفقة وإن لم يكن وارثًا مثل أن يكون الموجود من الأصول جدا للفرع من ناحية أمه وجدًا لأبيه «أبو أبى الأب» فالنفقة تجب على الجد للفرع من ناحية أمه ولو كان غير وارث ولا تجب على جد أبيه وإن كان وارثًا لأنه من العصبات، وعند التساوى فى القرابة للفرع تكون النفقة على الوارث منهم دون غيره فإن كان الموجود منهم أبًا لأمه وأبًا لأبيه كانت النفقة على أبى الأب الوارث دون أبى الأم لأنه غير وارث.

على من تجب نفقة زوجة الابن

إذا كان للابن زوجة فإن نفقتها تكون على زوجها فإن عجز عن الإنفاق عليها فلا تجب نفقتها على أحد من أصوله لأنها ليست جزءاً من الأصل وإنما يأذن القاضى لها بالإستدانة إذا طلبت ذلك وأن يأمر من وجبت عليه نفقتها قبل الزواج بالإنفاق عليها وتكون النفقة دينا على زوجها عند يساره. وإذا امتنع قريب الزوجة التى تجب عليه نفقتها لو لم تكن متزوجة من الإنفاق عليها أجبره القاضى على ذلك وإذا طلبت المرأة حبسه حكم القاضى بحسبه لإخلاله بهذا الواجب[1].

نفقة الصغير فى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥

نصت المادة رقم ١٨ مكرراً ثانيًا من هذا القانون على ما يأتى: «إذا لم يكن للصغير مال فنفقته على أبيه. وتستمر نفقة الأولاد على أبيهم إلى أن تتزوج البنت أو تكسب ما يكفى نفقتها، وإلى أن يتم الابن الخامسة عشرة من عمره قادراً على الكسب المناسب، فإن أتمها عاجزا عن الكسب لآفة بدنية أو عقلية أو بسبب طلب العلم الملائم لأمثاله ولاستعداده، أو بسبب عدم تيسر هذا الكسب استمرت نفقته على أبيه. ويلتزم الأب بنفقة أولاده وتوفير المسكن لهم بقدر يساره وبما يكفل للأولاد العيش فى المستوى اللائق بأمثالهم». وهذا التقنين يحقق مصلحة الأبناء وما تريده لهم الشريعة من استقرار وكفاية وعدل مما يعود بالخير على المجتمع الإسلامى حاضراً وآجلاً. وقد أحسن التقنين بالنص على التفاصيل بالنص على التفاصيل السابقة وتقريرها بوضوح كيلا تختلف اتجاهات المحاكم فيها.

ثانيًا: نفقة الأصول

المقصود بالأصول هنا أصل الإنسان ذكوراً أم إناثًا كالأب والجد مهما علا والأم وأم الأم مهما علت. وتجب لهم النفقة من طعام وكسوة ومسكن وخادم بقدر كفايتهم والدليل على ذلك قوله: ﴿وصاحبهما فى الدنيا معروفًا﴾ ومن المعروف أن يقوم الولد بكفاية والديه عند

(١) حاشية ابن عابدين جـ ٢ ص ٦٩٢.

حاجتهما وأيضًا ما روى أن رجلا أتى النبى ﷺ فقال: إن لى مالاً وأن والدى يحتاج إلى مالى فقال ﷺ: «أنت ومالك لوالدك ان أولادكم من أطيب كسبكم كلوا من كسب أولادكم»[١] وقد أجمع أهل العلم على أن نفقة الوالدين الفقيرين الذين لا كسب لهما ولا مال عندهما واجبة فى مال الولد[٢] وقياسًا على نفقة الأولاد الواجبة على الآباء لأن حرمة الوالد أعظم وخدمته أليق.

شروط وجوب نفقة الأصول على الفروع

لا تجب نفقة الأصول على فروعهم إلا إذا تحقق شرطان:

الشرط الأول: أن يكون الأصل فقيرًا لا مال له فإن كان له مال فنفقته فى ماله وإن لم يكن له مال فنفقته على ولده سواء أكان الأصل ذكرا أم كان أنثى وسواء أكان الأصل قادرا على الكسب أم لا. لأن الله تعالى أمر بالإحسان إلى الوالدين ونهى عن إيذائهما، وفى الزامهم بالاكتساب مع غنى الأبناء ترك للإحسان إليهم، وإيذاء لهم فلا يجوز.

الشرط الثانى: أن يكون الفرع قادرًا على الكسب ويفيض كسبه عن حاجته وحاجة عياله فإذا تحقق هذا الشرط وجبت نفقة الأصل على هذا الفرع ديانة وقضاء ويجبر على دفع النفقة لأصله لينفق منها على نفسه استقلالاً.

أما إذا لم يتحقق هذا الشرط بأن كان كسب الابن لا يفيض عن حاجته وحاجة عياله فإنه لا يجب عليه نفقة أصله على سبيل الاستقلال وإنما يجب عليه ديانة وقضاء أن يضمه إليه فى المعيشة معه ومع عياله لأن العادة جرت على أن الجماعة لا تضار بزيادة واحد أو اثنين فى المعيشة. والحكم كذلك إذا كان كسب الابن لا يزيد عن حاجته وحده بالنسبة لأبيه العاجز عن الكسب وبالنسبة لأمه وإن لم تكن عاجزة عن الكسب حقيقة فهى عاجزة عن الكسب حكمًا بسبب أنوثتها. وإذا كان كسب الابن يزيد عن حاجته بمقدار يكفى بحاجة شخص واحد وله أبوان قدمت الأم على الأب لقول الرسول ﷺ للرجل الذى سأله

(١) مشكاة المصابيح جـ ٢ ص ٢٢٣.

(٢) مطالب أولى النهى جـ ٥ ص ٦٤٢.

من أحق الناس بحسن الصحبة؟ قال: «أمك» قال: ثم من؟ قال: «أمك» قال: ثم من؟ قال: «أمك» قال: ثم من؟ قال: «أبوك»(١).

وإذا كان الفرع عاجزاً عن الكسب فلا تجب عليه نفقة أصوله بل هو نفسه محتاج إلى من ينفق عليه وتكون نفقة الأصول على من يليه فى وجوب النفقة فإذا لم يكن هناك أحد تجب عليه نفقة الأصل كانت واجبة فى بيت المال «الخزانة العامة» ونفقة الفرع مقدمة على نفقة الأصل فإن كان الشخص يفيض عن حاجة نفسه ما يفى بحاجة أصله فقط أو حاجة فرعه فقط قدم الفرع، ويراعى أنه عند تعدد الفروع للأصول فالنفقة تجب على الأقرب فى الجزئية فإذا كان الأصل ابن وبنت كانت النفقة بينهما مناصفة لاستوائهما فى الجزئية ودرجة القرابة ولاعبرة باختلافهما فى الميراث: «إذ أن الذكر يأخذ ضعف الأنثى فى الميراث»، وإذا كان الأصل الذى يستحق النفقة بنت ابن وابن ابن ابن. كانت النفقة على بنت الابن وحدها دون ابن ابن الابن لأنها أقرب فى الجزئية منه، وكذلك اذا كان للأصل بنت وابن ابن فالنفقة تجب على البنت وحدها دون ابن الابن وإن كان نصيبه فى الميراث مثلها.

ومما يجب التنبية إليه أن اتحاد الدين بين الأصل والفرع ليس شرطًا فى وجوب النفقة فتجب نفقة الأصل الكافر على فرعه المسلم وتجب كذلك نفقة الفرع الكافر على أصله المسلم وذلك لأن وجوب النفقة بحق الولادة التى تتحقق بها الجزئية بين الولد والوالد وهذه الجزئية لا تختلف باختلاف الدين فلا يختلف الحكم المتعلق بها. وقد قال تعالى: ﴿وَإِن جَاهَدَاكَ عَلَىٰ أَن تُشْرِكَ بِي مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ فَلَا تُطِعْهُمَا وَصَاحِبْهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾(٢) وليس من المعروف ترك الإنفاق عليهما مع القدرة. وقد قررت محكمة الإسكندرية فى حكمها الصادر بتاريخ ١٨/ ٢/ ١٩٥٨ أن نفقة الأصل واجبة على فروعه بشرط أن يكون قادراً على الكسب متى كان فى كسبه ما يزيد على حاجته والنفقة واجبة للأصل المعسر ولو كان قادرا على الكسب ولا يكلف بالسعى براً به واحترامًا له، بل إذا لم يكن فى كسب الفرع ما يزيد عن حاته فإنه يجب أن يضم أصله إلى من ينفق عليهم من أهله فيشاركهم فى طعامهم.

(١) نيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٦٢.

(٢) لقمان: ١٥.

على من تجب نفقة زوجة الأب

وإذا كان للأب المستحق للنفقة زوجة فإن كان محتاجًا إليها ولا يمكنه الاستغناء عنها لمرض أو كبر سن فإن نفقتها تكون واجبة على الولد بلا خلاف بين الفقهاء أما إذا لم يكن محتاجا إليها فلا يجب لها على الولد نفقة طبقا للرأى الراجح[١] وهو ما يجرى عليه القضاء[٢].

ثالثًا: نفقة الحواشى

المقصود بالحواشى هم الأقارب المحارم غير الأصول والفروع وذلك كالأخ وابن الأخ والعم والعمة والخال والخالة.

شروط وجوب النفقة على الحواشى

هذه الشروط تتلخص فيما يلى:

١ ـ أن يكون من تجب عليه النفقة موسراً، لأن الموسر هو المطالب بصلة قريبه الفقير، والنفقة صلة بين الغنى والفقير، فإن كان القريب معسراً فلا يطالب بالإنفاق على غيره، وحد اليسار فيه خلاف بين الفقهاء والذى يجرى عليه العمل هو الرأى القائل بأن الإنسان يكون موسراً إذا كان عنده ما يفيض على حاجته وحاجة عياله ولو كان هذا الفائض أقل من نصاب الزكاة، وبناء على هذا لو كان الإنسان يعمل وله كسب دائم يكفى حاجته ويفيض عنها كانت النفقة واجبة عليه بالنسبة لقريبه الفقير العاجز عن الكسب[٣].

٢ ـ أن يكون المحتاج إلى النفقة فقيرًا عاجزًا عن الكسب بسبب الصغر أو الأنوثة أو المرض فإن كان غير عاجز عن الكسب فلا تجب نفقته على غيره بل يجب عليه أن يعمل ليكسب وينفق على نفسه من كسب يده فهو أفضل الكسب على الإطلاق.

---

(١) فتح القدير جـ ٣ ص ٣٤٩، حاشية ابن عابدين جـ ٢ ص ٦٣٢.

(٢) حكم محكمة مصر الابتدائية فى ٥/ ٥/ ١٩٤٠ (مجلة المحاماة الشرعية س ١١ ص ٥٣).

(٣) الأحوال الشخصية للدكتور محمد أبى زهرة ص ٤٢٤ والأحكام الشرعية للدكتور زكى الدين شعبان ص ٧٠٨، والأحكام الإسلامية للدكتور زكريا البرديسى ص ٦٧٧.

٣ ـ أن يكون المحتاج للنفقة متحداً فى الدين مع من تجب عليه نفقته لأن نفقة الحواشى مبنية على استحقاق الإرث واختلاف الدين مانع من موانع الإرث بين الأقارب. وعلى هذا لو كان للشخص المسلم المحتاج المستحق للنفقة أخ مسلم وأخ غير مسلم كانت نفقته واجبة على أخيه المسلم دون أخيه غير المسلم. وأهلية الإرث هى المعتبرة فى وجوب هذه النفقة وإن لم يكن الشخص وارثًا بالفعل ويترتب على ذلك أنه إذا كان للفقير قريب واحد توافرت فيه الشروط كانت النفقة واجبة عليه، وإذا كان له عدد من الأقارب كانت النفقة واجبة عليهم باعتبار الإرث. فإن كانوا جميعًا من الورثة وجبت النفقة عليهم على قدر نصيبهم فى الميراث ومثال ذلك أن يكون المستحق النفقة أخ شقيق وأخ لأم فتجب نفقته عليهما بمقدار السدس على الأخ لأم والباقى على الأخ الشقيق لأن ميراثهما كذلك. وإن كان البعض وارثًا دون البعض الآخر كانت النفقة واجبة على الوارث وحده ومثال ذلك أن يكون لمستحق النفقة أخ شقيق وأخ لأب فتكون النفقة واجبة على الأخ الشقيق وحده لأنه الوارث الوحيد دون الأخ لأب لأنه محجوب بالأخ الشقيق الذى هو أكثر منه قربًا وهكذا.

نفقة من تعددت أقاربه

إذا كان لمستحق النفقة أقارب من أصناف مختلفة فلا يخلو الحال عن حالة من الحالات الآتية:

الحالة الأولى: أن يجتمع الفروع والأصول: فإذا اجتمع لمستحق النفقة أصول وفروع وتوافرت فيهم شروط وجوب النفقة فإن تفارقوا فى درجة القرابة فتجب النفقة على أقربهم درجة سواء أكان وارثًا أم غير وارث فإذا كان لمستحق النفقة أب وابن ابن فإن النفقة تجب على الأب لأنه أقرب درجة من ابن الابن وان كان نصيب الأب من الميراث أقل من نصيب ابن الابن. وإذا كان له أم وابن ابن وجبت النفقة كلها على الأم لأنها أقرب درجة من ابن الابن. وان تساووا فى درجة القرابة وجبت النفقة بنسبة ميراثهم إلا إذا كان فيهم ابن أو بنت فإن النفقة تجب على الابن أو البنت لأن للوالد شبهة ملك فى مال ولده فلا يشارك الولد أحد فى نفقة والديه حتى ولو كان الولد لا يرث لكونه لا يدين بدين أبيه أو يدين بدين أمه لأن العبرة بالبنوة لا بالميراث.

الحالة الثانية: أن يجتمع الفروع والحواشي: إذا اجتمع لمستحقى النفقة فروع وحواشى وتوافرت فيهم شروط وجوب النفقة فإن النفقة تجب كلها على الفروع ولا شيء على الحواشى ولو كانوا وارثين لأن قرابة الجزئية ترجح قرابة الحواشى ومثال ذلك أن يكون لمستحق النفقة بنت وأخت شقيقة فتكون النفقة واجبة على البنت ولا شيء على الأخت الشقيقة رغم أن الميراث مناصفة بينهما لأن الأخت عصبة مع البنت والعاصب يأخذ الباقى بعد أصحاب الفروض وفرض البنت هو النصف والباقى للأخت الشقيقة وهو هنا النصف.

وإن كان الفرع من ذوى الأرحام كابن البنت أو بنت البنت مثلاً مع أحد العصبة كالأخ الشقيق أو الأخ لأب فتكون النفقة واجبة على ابن البنت أو بنت البنت وإن لم يرث كل منهما ولا تجب على الأخ الشقيق أو الأخ لأب وان كان كل واحد منهما عصبة يأخذ التركة كلها فى حالة انفراده أو يأخذ الباقى منها بعد أصحاب الفروض.

الحالة الثالثة: أن يجتمع الأصول والحواشى فإذا اجتمع لمستحق النفقة أصول وحواشى كما إذا كان له أم وأخ شقيق أو أخ لأب وتوفرت فيهم شروط وجوب النفقة فالحكم فى هذه الحالة أنه إذا كان كل من الصنفين وارثًا فإن النفقة تجب عليهم جميعًا بنسبة ميراثهم وذلك كالأم مع الأخ الشقيق فإن كلا منهما وارث وما دام وارثًا فعليه النفقة بنسبة ميراثه والميراث هنا هو الثلث للأم والثلثان للأخ الشقيق فتكون النفقة عليهما كذلك. وإن كان أحد الصنفين وارثًا والآخر غير وارث فالنفقة على الأصول وحدهم ولو كانوا غير وارثين بل ولو كان الحواشى أقرب من الأصول وذلك لترجيح الجزئية على غيرها مثال ذلك أن يوجد الجد لأم والعم الشقيق فتكون النفقة واجبة على الجد لأم رغم أنه لا يرث لكونه من ذوى الأرحام ولا تجب النفقة على العم الشقيق وإن كان عصبة يأخذ التركة كلها إذا لم يوجد غيره، كذلك لو وجد الأب والأخ فتكون النفقة على الأب وحده دون سواه لأن الأخ من الحواشى ولا تجب عليه النفقة مع وجود الأصل وما دام الأب وهو الأصل موجودا فلا يشاركه أحد فى نفقة أولاده حتى ولو كانت الأم.

الحالة الرابعة: أن يجتمع الأصول والفروع والحواشى إذا كان لمستحق النفقة أقارب بعضهم من الأصول وبعضهم من الفروع وبعضهم من الحواشى وتوافرت فيهم شروط وجوب النفقة فإن النفقة تكون واجبة على الأصول والفروع فقط دون الحواشى لأن قرابة الأصول والفروع قائمة على الجزئية وهى أقوى من قرابة الحواشى وهذا كله إذا كان الأقارب من الأصول والفروع والحواشى موسرين جميعًا أما إذا كان بعضهم معسرًا لا تجب

عليه النفقة وبعضهم موسراً تجب عليه النفقة فإن كان المعسر يحوز كل الميراث فإنه يفرض معدومًا حتى يتسنى معرفة ميراث الآخرين معه وتفرض النفقة عليهم بنسبة أنصبائهم فى الميراث. وإن كان المعسر لا يحوز كل الميراث فإنه لا يعتبر معدما بل تقسم النفقة عليه وعلى الموسرين بنسبة سهامهم ثم يوزع ما يخص المعسر على الموسرين بنسبة سهامهم فإذا كان لمستحق النفقة ابن معسر غير قادر على الكسب وأخ شقيق وأخ لأم موسرًا اعتبر الابن ميتًا لأنه يستحق كل الميراث ووجبت النفقة على الأخ الشقيق والأخ لأم بمقدار نصيب كل منهما فى الميراث فيجب على الأخ لأم سدس النفقة وعلى الأخ الشقيق الباقى ولو كانت له بنت معسرة وأخ شقيق وأخ لأم موسران فلا تعتبر البنت ميتة لأنها لا تستحق جميع الميراث بل ننظر إلى نصيب كل من الأخوين مع وجودهما فنجد أن البنت تأخذ نصف الميراث والأخ الشقيق يأخذ الباقى ولا شيء للأخ لأم وعلى هذا تكون النفقة على البنت والأخ الشقيق مناصفة بينهما ثم يلزم الأخ الشقيق بكل النفقة لإعسار البنت وعلى هذا سارت المحاكم فى أحكامها فقد حكمت محكمة دمنهور الابتدائية فى حكمها الصادر بتاريخ ١٤/ ٢/ ١٩٥٦ بأن نفقة الأولاد عند انعدام والدهم ووجود أصولهم تكون على الأصول الوارثين بقدر استحقاقهم فى الإرث إذا كانوا جميعا موسرين فإن اجتمع فى قرابة من تجب له النفقة موسر ومعسر ينظر إلى المعسر فإن كان يحوز كل الميراث يجعل كالمعدوم ثم ينظر إلى ورثة من تجب له النفقة فتجعل عليهم على قدر ميراثهم وإن كان المعسر لا يحوز كل الميراث تقسم النفقة عليه وعلى من يرث معه فيعتبر المعسر لإظهار قدر ما يجب على الموسرين فإذا كانت الأم معسرة والجد موسرا فلا نفقة على الأم مع وجود الجد[1].

هذا، ونحمد الله تعالى على ما هدانا إليه، وما كنا لنهتدى لولا أن هدانا الله، ونسأله أن يديم علينا نعمة العون والتوفيق والسداد، وصلى الله وسلم وبارك على سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه ومن اتبع هداه إلى يوم الدين.

الأستاذ الدكتور

عبد المجيد محمود مطلوب

أستاذ ورئيس قسم الشريعة

بحقوق عين شمس

(١) الأحكام الشرعية للدكتور زكى الدين شعبان ص ٧٠٨.

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة